



Mejoramiento del desempeño en el ejercicio de la función jurisdiccional

Razonamiento Jurídico

onado

Coordinación General de Postgrados y Maestrías - Facultad de Ciencias Jurídicas

Telf.: 278 3938 - PBX 278 3923 Ext. 339

E-mail: dptodere@ns.nuca.edu.ni

CURSO DE MEJORAMIENTO DEL DESEMPEÑO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION
JURISDICCIONAL
(UCA, CAJ/FIU, UJI)

340.1
G-216
C.3

RAZONAMIENTO JURIDICO

(2)

| | |
|------------|---------------|
| Ingreso | 16-06-05 |
| Comprado a | |
| Donado por | Postgrado |
| Precio | Reg 200574090 |

Dr. Juan Antonio García Amado



PROGRAMA

Unidad I

Derecho y razonamiento: cuestiones generales

1. Razonamiento y método en el Derecho: nociones y ámbitos
2. Razonamiento, método y legislación
3. Razonamiento, método y decisión judicial

Unidad II

Teorías de la decisión judicial en el siglo XIX: el formalismo ingenuo

1. Elementos comunes: perfección del sistema jurídico, silogismo, subsunción
2. La Escuela de la Exégesis
3. La Jurisprudencia de Conceptos

Unidad III

La crisis del formalismo ingenuo a comienzos del siglo XX

1. Las corrientes irracionalistas
2. Los límites de la lógica
3. El nuevo protagonismo del juez

Unidad IV

Razonamiento jurídico e interpretación: doctrinas y polémicas

1. La interpretación como mediación inevitable de la decisión judicial
2. De la Jurisprudencia Teleológica a la Jurisprudencia de Intereses
3. De la Jurisprudencia de Intereses a la Jurisprudencia de Valores

Unidad V

Las teorías de la argumentación jurídica

1. Caracteres generales
2. Precursores (Th. Viehweg, Ch. Perelman).
3. La teoría standard: R. Alexy

Unidad VI

La actual discusión sobre la orientación y los límites del razonamiento judicial

1. El positivismo del siglo XX y el significado del principio de legalidad
2. El antipositivismo del siglo XX y el significado de la justicia
3. Sobre el neoconstitucionalismo contemporáneo

Unidad VII

Subsunción vs. ponderación como métodos de razonamiento judicial

1. Esquema y reglas del razonamiento subsuntivo
2. Esquema y reglas del razonamiento ponderativo
3. Requisitos argumentativos del razonamiento subsuntivo y del ponderativo

Unidad VIII

Instrumentos generales de análisis argumentativo de la decisión judicial

1. Nociones generales de argumentación, argumento, etc
2. Clases de argumentos: interpretativos y creativos
3. Clases de argumentos: criterios y reglas

Unidad IX

Análisis argumentativo de los principales argumentos interpretativos

1. El argumento literal y sus usos. Límites
2. Argumentos sistemáticos. Argumentos teleológicos



3. Otros argumentos interpretativos

Unidad X

Análisis argumentativo de los principales argumentos creativos

1. Argumentos analógico. Argumentos a fortiori
2. Argumento a contrario
3. Otros argumentos creativos

Introducción

Para comprender el papel que en la actual teoría jurídica juega o puede jugar la retórica y para situar el origen de las llamadas teorías de la argumentación jurídica, conviene comenzar con unas breves consideraciones sobre la situación anterior de la teoría del derecho y de su interpretación y aplicación.

Es de sobra conocido que la importancia que a la retórica y la tópica se otorgaba entre los juristas medievales, tanto en el modo “polémico” de concebir la búsqueda de las soluciones para los litigios como en el método de enseñanza del derecho, entra en crisis con el racionalismo de la época moderna y el cambio en el modelo ideal de racionalidad. El viejo arte de la prudencia es reemplazado por la pretensión de dotar al razonamiento jurídico (y al moral) de un grado de certeza y coherencia parangonable al de la matemática o las ciencias naturales. Baste pensar en el rotundo ataque de Kant a la retórica. El iusnaturalismo racionalista pretende construir sistemas completos de derecho natural, cuyos preceptos se ordenan jerárquicamente según su grado de generalidad y entre los cuales se da una relación deductiva. Se confía en la capacidad de la razón para captar evidencias ínsitas en la propia naturaleza humana y para traducirlas a normas. Ese derecho natural moderno supone, pues, postular un derecho de la razón capaz de ofrecer respuestas indubitadas, y al legislador y la ley positiva se deja sólo la misión de concretar y adecuar a las particulares circunstancias sociales esos supremos mandatos racionales. La certeza en el conocimiento y el modo de concebir el razonamiento práctico como sustancialmente tasado y predeterminado en su desarrollo dejan poco sitio a la discusión de lo meramente opinable. El conocer sustituye al decidir y la ciencia a la retórica o la prudencia.

Como tantas veces se ha dicho, el movimiento codificador que se extiende desde fines del siglo XVIII supone la traslación de esos esquemas y pretensiones al ámbito del derecho positivo, del derecho legislado. Opera el llamado mito del legislador racional y en los códigos legales se ve la plasmación, ahora bajo la forma de ley positiva, escrita, de una omnisciencia del legislador que le permite conocer las necesidades sociales y su mejor solución, y de una omnipotencia que le posibilita imponer ese conocimiento verdadero como mandato incuestionable. Y nuevamente quedan sin sitio la discusión, el artificio retórico y el debate en torno a lo dudoso. El sistema jurídico, ahora puramente positivo, se entiende como coherente, es decir, carente de antinomias, y completo, esto es, carente de lagunas. El juez encuentra en la ley perfectamente prefijada y predeterminada la respuesta a cualquier litigio que tenga que resolver, su papel se limita al de ser “boca que pronuncia las palabras de la ley”, según la tan manida fórmula de Montesquieu. El razonamiento jurídico, el razonamiento del aplicador del derecho, se explica como un puro silogismo, en el que la ley forma la premisa mayor, los hechos que se juzgan la premisa menor y la sentencia se sigue con necesidad lógica como pura conclusión. Se suele denominar esta visión como teoría de la subsunción, resaltando que el juez se limita a subsumir el hecho concreto bajo el supuesto de hecho abstracto de la norma, aplicándole la consecuencia en ésta prevista cuando tal encaje de lo concreto bajo lo abstracto acontezca.

El problema del lenguaje no podía dejar de estar presente, de todas formas. En los primeros códigos europeos, a fines del XVIII, se contenían normas prohibitivas de la interpretación, en la confianza de que las palabras de legislador eran plenamente claras y precisas, y desconfiando fuertemente de la manipulación de la norma que el juez pudiera llevar a cabo por vía interpretativa. No obstante, éste que podríamos denominar mito de la claridad de la ley pronto se mostró inviable. Sin embargo, la teoría del derecho disponía de medios para solventar el problema de la interpretación sin pérdida de la seguridad, al menos aparentemente. La clave aquí estará en los llamados cánones de la interpretación, que en su forma “canónica” expone Savigny en las primeras décadas del XIX. Cuatro eran para Savigny dichos cánones: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Savigny pensaba que la utilización conjunta de estos cuatro criterios permitiría en todo caso al intérprete hallar la idea inmanente a la ley, averiguar el pensamiento que en ella plasmó el legislador. La interpretación de los términos de la ley es necesaria, sí, pero existe ese “método” que permite que el juez pueda interpretar

con plena objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales y para la arbitrariedad. Existe un cauce para convertir el significado dudoso en significado cierto.

Curiosamente, esa visión del derecho y del razonamiento jurídico se impone en dos ámbitos cuya situación jurídica era bien diversa, en Alemania y en Francia. En Francia se promulga en 1804 el Código Civil, el famoso Código de Napoleón, y a partir de él se impondrá a lo largo de todo el siglo XIX la llamada Escuela de la Exégesis. En el Código estarían todas las respuestas, y la actividad del juez y del profesor de derecho deberá ser puramente exegética, fiel a la letra, plenamente respetuosa del sentido, casi siempre claro, de los preceptos. Y en caso de duda y de que se plantee un problema interpretativo, se da total prevalencia a la averiguación de la voluntad auténtica del legislador. Por detrás de la letra de la ley hay una voluntad que la ilumina sin margen para la incertidumbre. Ese positivismo estatista y logicista se tiñe en Alemania de ontologismo. En los estados alemanes no existe un código civil (El BGB, Código Civil Alemán entra en vigor en 1900), sino que el derecho es el derecho romano de la recepción, el derecho de Pandectas, hibridado con elementos de derecho común y con una fuerte impronta de reelaboración doctrinal. El lugar que en el razonamiento jurídico ocupa la pura ley positiva en el caso francés, lo ocupan en Alemania los conceptos jurídicos. La doctrina plenamente dominante se llamará allí Jurisprudencia de Conceptos. Por detrás de las normas jurídicas existiría todo un entramado sistemático de conceptos que son expresión de una especie de razón jurídica universal, que habría tenido su mejor plasmación y reflejo en el derecho romano. Nociones como negocio jurídico, testamento, contrato, compraventa, préstamo, etc., etc. no serían puros nombres de coyunturales invenciones de un legislador, sino realidades ontológicas poco menos que intemporales, con su legalidad immanente y con capacidad para combinarse y reproducirse dando solución a cualquier conflicto. La subsunción aquí es inmediatamente subsunción bajo la norma, pero mediatamente y en última instancia subsunción bajo los conceptos. Esos conceptos forman un perfecto sistema que tiene su cúspide en la idea de autonomía de la voluntad. El manejo de los conceptos, así entendidos, no es análisis de categorías lingüísticas, sino averiguación de esencias. La interpretación jurídica, por tanto, se mueve entre la dogmática y una filosofía que se pretende positiva a partir de un apriorismo ontológico que ve realidades plenas en esencias ideales.

Todo ese planteamiento entra en crisis con el cambio de siglo. En Alemania, Jhering, primeramente defensor radical de la Jurisprudencia de Conceptos, insistirá ya algunas décadas antes en que el derecho no es un puro sistema de conceptos, sino vida social e historia y que sólo desde las necesidades sociales puede entenderse y aplicarse, de modo que lo que importa si se quiere interpretar y aplicar correctamente la norma es el fin al que ésta sirve. En Francia, Geny distinguirá entre lo dado y lo construido en el derecho, resaltando que la norma legal no agota el derecho ni predetermina plenamente la sentencia, con lo que queda siempre un amplio espacio para la valoración. No podemos aquí pararnos demasiado en estas cuestiones. Importa resaltar solamente que en las primeras décadas del siglo XX se asiste ya a un auténtico cambio de paradigma en la teoría y metodología jurídicas. Pasan a ser lugar común afirmaciones que hoy en día se tienen por indiscutibles pero que en su origen suponen una verdadera ruptura con el pensamiento anterior: el ordenamiento jurídico positivo posee antinomias y, sobre todo, está lleno de lagunas. El legislador no pudo preverlo y regularlo todo, a lo que se suma que las sociedades cambian y surgen nuevas necesidades y situaciones que piden nuevas respuestas que en el código no se encuentran, o resulta injusto e inadecuado aplicar en todas las circunstancias la solución legal al pie de la letra. Más relevante aún para nuestro tema resulta la siguiente constatación, que desde esta época se impone: los cánones de la interpretación, en su pluralidad y diversidad (la doctrina había añadido a los cuatro de Savigny el canon o criterio teleológico) no conducen a una interpretación única, sirven para justificar interpretaciones y, consiguientemente, decisiones distintas y contrapuestas. Bajo este prisma, interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cuanto valorar y decidir. El referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación, sino que se busca, cuando se cree que es posible hallar alguno, en criterios sociológicos o de justicia.

Tal vez es curioso que en esa situación no se hablara de retórica, aun cuando el componente retórico del razonamiento jurídico y de los criterios de interpretación comienza a quedar bien de relieve. Si los criterios usuales de interpretación no son más que instrumentos de que el jurista puede valerse para presentar o motivar, bajo una apariencia de objetividad y tecnicismo, lo que no son más que opciones subjetivas guiadas por intereses o valores, parece claro que conviene abordar el discurso jurídico atendiendo a los medios argumentativos de que se vale y resaltando su dimensión más

“lingüística” que puramente técnica o específicamente “jurídica”. Este paso, sin embargo, no se dará, como veremos, hasta la segunda mitad de siglo. En la época a la que nos estamos refiriendo, la doctrina se preocupará más bien de buscar claves decisorias materiales más allá de la ley o complementarias de ésta, apelando a la consideración de la justicia del caso, de las necesidades e intereses sociales, del sentir popular, etc. O se refugiará, en otros casos, en un escepticismo y relativismo que trate de salvar una ciencia jurídica sociológica, psicológica o puramente normativa, pero ya no apta para imponer a la praxis jurídica ningún género de racionalidad. Tracemos un muy elemental esquema, aunque sólo sea a efectos de comprender el contexto y las razones de la posterior emergencia de los enfoques retóricos.

Podríamos, muy elementalmente, clasificar las doctrinas de las primeras décadas del siglo sobre estos temas en racionalistas e irracionalistas. Irracionalistas serían aquellas que no creen que ningún método o procedimiento pueda dotar de garantías de racionalidad a la decisión jurídica, que sería antes que nada una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez. Podríamos encajar en este apartado, sin muchos matices, al movimiento de derecho libre, al realismo jurídico o a Kelsen. El movimiento de derecho libre, con autores como Kantorowicz, Fuchs o Ehrlich, sitúa como clave de la decisión lo que llama el “sentimiento jurídico” (*Rechtsgefühl*) del juez, sentimiento en última instancia incontrolable, pero en alguna medida educable. Recomiendan abandonar la hipocresía de una teoría que trata de presentar al juez como puro autómatas perfectamente objetivo, acrecentando con ello la irresponsabilidad por decisiones que tienen un altísimo componente personal, y proporcionar al juez una amplia formación económica, sociológica y ética, que le permita comprender la auténtica entidad de los conflictos que dirime y poner sus valoraciones en sintonía con lo que la sociedad demanda. Propugnan un lenguaje jurídico que huya de tecnicismos y de especulaciones conceptualistas y que permita una cabal comprensión de las normas y su sentido, dejando el menor espacio posible para subterfugios interpretativos que encubren un puro decisionismo.

El realismo jurídico parte de un positivismo empirista que conduce a ver en el derecho meros fenómenos sociológicos y psicológicos y a descreer de cualquier posibilidad de que puedan existir patrones de racionalidad para las valoraciones subjetivas a que toda interpretación y decisión en derecho se remiten. Esto lleva a autores como Alf Ross a rechazar por inútil cualquier metodología jurídica normativa o prescriptiva y a insistir en la única utilidad de una metodología jurídica descriptiva. Ésta analizaría los modos en que los jueces deciden los casos, los criterios interpretativos que suelen usar, la ideología que se trasluce de sus decisiones, el modo en que motivan sus sentencias, etc., y todo ello con la única finalidad de hacer previsibles, hasta donde sea posible, sus decisiones en casos futuros. Para el realismo no hay más derecho que el derecho judicial y la ley sólo cuenta en la medida en que el juez crea que debe aplicarla y en que condicione de hecho sus sentencias. Los realistas recalcaron especialmente la idea de que el juez primero decide y luego motiva, con lo que la motivación expresa de la sentencia no es más que el revestimiento con el que la pura decisión se disfraza de objetividad. Curiosamente, se abría nuevamente por ahí un análisis en clave retórica que los realistas no hicieron.

En cuanto a Hans Kelsen, seguramente el más influyente jurista de este siglo, comparte con el realismo ese escepticismo en cuanto a la racionalidad de las decisiones, pero trata de salvar la posibilidad de una ciencia jurídica, que ya no sería, como en el realismo, una ciencia empírica, sino una ciencia normativa. Kelsen arranca del postulado de la separación entre ser y deber, *Sein y Sollen*, y mantiene que si una norma es jurídica, es porque tiene en su ser algo que la especifica frente al puro mandato, frente al acto de voluntad que la genera o el sentimiento psicológico que en sus destinatarios suscita. Ese algo más es un particular “sentido”, una impronta que se traduce en lo que se denomina “validez”. La validez de una norma jurídica proviene siempre, según Kelsen, no de un hecho, sino de otra norma, concretamente de que cada norma válida lo sea porque ha sido creada con arreglo a una habilitación y un procedimiento establecidos en una norma superior del mismo sistema. En Kelsen es fundamental la distinción entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y proposición jurídica (*Rechtssatz*). Las normas jurídicas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, pero las proposiciones jurídicas sí pueden calificarse en términos de verdad o falsedad. La ciencia jurídica realiza afirmaciones acerca de normas y de sus interpretaciones posibles, es puramente descriptiva y sólo se mantiene como ciencia en la medida en que describa sin valorar. Cuando el científico del derecho interpreta una,

norma se limita a poner de manifiesto sus posibles significados, pero no optará por ninguno de ellos como el mejor o más conveniente. En cambio, el juez sí ha de dar ese paso, puesto que ha de decidir en todo caso, y esa valoración que determina la opción por una interpretación y la sentencia es lo que hace que el trabajo jurídico práctico no pueda tener carácter científico.

Con estos últimos datos nos hemos alejado del hilo central de nuestra argumentación, que debe llevarnos a la retórica. Pero esa lejanía no es total, pues tiene que ver con cuestiones que sí conectan con cuestiones relacionadas con la teoría del lenguaje y con el surgimiento de la retórica jurídica como doctrina. Piénsese en lo mucho que el asunto tiene que ver con la posibilidad de elaborar o no una lógica jurídica, en su doble dimensión de lógica de las normas y de lógica del razonamiento jurídico. El ver las normas como enunciados o como mandatos, el entender que pueden o no ser aplicables a ellas las categorías de verdadero o falso, enlaza con la posibilidad de construir o no una lógica jurídica y de que sea aplicable la lógica proposicional o tenga que diseñarse una específica lógica deóntica. E igualmente podemos ver todo esto desde el punto de vista de una posible clasificación de las concepciones de la norma según que hagan mayor hincapié en la dimensión sintáctica, semántica o pragmática del lenguaje o discurso jurídico. Por poner un ejemplo en el que no podemos pararnos más, piénsese en las distintas implicaciones de las dos visiones de las normas que como alternativas plantean Alchourron y Bulygin: la concepción hilética, según la cual las normas serían el significado de enunciados normativos, y la expresiva, para la que serían el resultado del uso prescriptivo del lenguaje.

En la metodología jurídica de este siglo, el punto de vista que podríamos llamar “ortodoxo”, lo mantienen las corrientes racionalistas, que, asumiendo el componente de libertad decisoria de la praxis jurídica, piensan que es posible ofrecerle al juez pautas metódicas que permitan que su interpretación de los términos legales sea la correcta y objetiva. La línea evolutiva ahí pasa por la jurisprudencia teleológica, la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de valoraciones. La primera da prioridad a la consideración del fin en la interpretación y aplicación del derecho. La segunda destaca que el fin de toda norma jurídica es solventar un conflicto de intereses y que el intérprete ha de tener presente la índole de ese conflicto y de tales intereses para calar en el significado de la norma y aplicarla adecuadamente, concretando ante cada caso la opción de fondo que el legislador tomó en ese conflicto. La jurisprudencia de valoraciones pone de manifiesto que esa opción del legislador obedece a un sistema de valores que en el ordenamiento jurídico se plasma y en el que el juez ha de insertarse para que su decisión refleje los parámetros de fondo del ordenamiento y no sus personales opciones. La lectura de la ley vuelve ahí a ser una lectura “guiada” por pautas hermenéuticas que se pretenden claras. Nuevamente queda poco sitio para retóricas.

Se puede afirmar que el renacer del interés por la retórica entre los juristas responde a un planteamiento realista (irracionalista) y al intento de superarlo por nuevas vías, muy distintas de las de las posturas racionalistas que acabamos de presentar. Hay ahí una curiosa evolución hasta llegar a las actuales teorías de la argumentación jurídica, que, al menos en sus planteamientos más representativos e influyentes, se proponen un análisis del discurso jurídico que permita extraer reglas de su racionalidad que son reglas del argumentar, criterios retóricos que, al mismo tiempo, liberen a la retórica de su pura instrumentalidad y conviertan una actividad jurídica, entendida como básicamente argumentativa, en actividad que pueda tildarse de racional. Trataremos de mostrar esto con algún detenimiento. Pero, aunque sea como anécdota significativa, merece resaltarse que algunos de los más influyentes precursores de esas teorías de la argumentación e iniciadores de los planteamientos tópicos y retóricos comenzaron su andadura teórica como cultivadores de la lógica y desembocaron en la tópica y la retórica de resultados de su escepticismo frente a la posibilidad o la utilidad de una lógica jurídica-formal, especialmente de una lógica del razonamiento jurídico. Es el caso de Theodor Viehweg y de Chaim Perelman.

Las teorías de la argumentación jurídica, con Perelman a la cabeza, vendrán a buscar una vía media entre el irracionalismo metodológico de los unos y el optimismo científicista de los otros¹.

Ulfrid Neumann sostiene que la teoría de la argumentación jurídica señala un tercer camino entre decisionismo y determinismo jurídico, entre la idea de que la aplicación del derecho está presidida por la libertad decisoria del juez y la idea

Desde los años cincuenta la situación de crisis de la metodología jurídica va a motivar una serie de respuestas estrechamente emparentadas por compartir una idea fundamental: que la demostración meramente lógica y la prueba empírica no son ciertamente aplicables al trabajo valorativo con el derecho, pero que ello no implica que la aplicación del derecho sea una operación perfectamente arbitraria y aleatoria, pues poseería su propia racionalidad. Pero esta racionalidad, que el derecho compartiría con otras disciplinas pertenecientes al ámbito de la acción o la razón práctica, sería de un género especial: sería racionalidad práctica. Se anticipa así, en estrecha referencia al derecho y su problemática metodológica, lo que la filosofía general celebrará años más tarde como "rehabilitación de la razón práctica".

En esos años surgen varias doctrinas con esa común orientación. Perelman rescatará la retórica aristotélica para mostrar la racionalidad argumentativa del razonamiento jurídico y elaborar su teoría de la argumentación; Viehweg acudirá también a la tradición para rescatar la tópica y mostrar el carácter tópico del razonamiento orientado a la justificación de la acción; Recaséns Siches creará el concepto de "logos de lo razonable" para expresar el tipo de racionalidad que preside esos campos; y en el ámbito de la filosofía, pero tomando al derecho como campo de aplicación prototípico, Toulmin mostrará que también en el razonamiento práctico se contienen fundamentaciones y que también en el razonamiento empírico o analítico se interrumpe en algún punto la cadena de explicaciones o justificaciones de las premisas, con lo que desaparece la diferencia radical en cuanto a la racionalidad de ambos razonamientos.

Se ponen así las bases de lo que se llamará, *grosso modo*, teorías de la argumentación jurídica, y que suponen en realidad un nuevo paradigma para la metodología jurídica y la filosofía del derecho en general. Pero lo anterior no significa que las doctrinas que acabo de mencionar sean idénticas en sus planteamientos o sus propósitos, más allá de esa su común condición de precursoras o iniciadoras del nuevo paradigma. Así, mientras Perelman dedica su obra fundamental a la descripción del tipo de recursos argumentativos utilizables para alcanzar en estas materias la adhesión del auditorio correspondiente, Toulmin desarrolla el esquema formal de la argumentación, y Viehweg intenta mostrar la técnica de la invención o hallazgo de argumentos.

Asistimos así al comienzo de un cierto cambio de paradigma que en nuestros días va camino de consolidarse. Ese cambio supone el paso de entender el razonamiento jurídico como monológico a verlo como esencialmente dialógico. No es casual, pues, que en nuestros días haya caído en desuso la expresión "razonamiento jurídico" y en su lugar se hable de "argumentación jurídica". La práctica jurídica decisoria no está primariamente presidida por un razonar subjetivo, sino por un argumentar intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las de la razón individual, las de la conciencia subjetiva del intérprete y/o juez, sino los argumentos intersubjetivos, las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones. De este modo, la "verdad" jurídica no se averigua subjetivamente, se construye intersubjetivamente; no se demuestra en su certeza inmanente, sino que se justifica o se fundamenta en su "razonabilidad" hacia el exterior, para los demás. La corrección de las decisiones no proviene de su correspondencia con una norma que se asimila a un objeto preestablecido, sino que se apoya en el consenso que ante cada caso concreta los perfiles de la norma mediante argumentos que ya no se extraen de la norma misma sino de postulados socialmente compartidos. Por consiguiente, se abre todo un campo para un tipo de investigación en el que la conexión con la retórica es bien patente: importa averiguar cómo se argumenta en las disputas jurídicas y en la motivación de las decisiones, dè dónde se extraen los argumentos, cuáles son sus tipos y su diversa incidencia sobre el correspondiente auditorio y qué posibilidades hay de distinguir entre la pura manipulación mediante instrumentos retóricos y una argumentación jurídica intersubjetiva en la que la construcción discursiva, dialógica, de las tesis no suponga la renuncia a la pretensión de racionalidad.

de que la decisión de éste está plenamente determinada por el ordenamiento (Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, p. 2).

A diferencia de Perelman, Viehweg y sus seguidores no otorgan una relevancia central al problema de la racionalidad de la decisión final y de las valoraciones que la sustentan. Por eso se ha podido afirmar que en cuanto doctrina metodológica, y en comparación con las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica, la tónica jurídica es incompleta. No es la racionalidad de los argumentos lo que principalmente preocupa a Viehweg, sino el modo como la pluralidad de argumentos utilizables para cada caso se obtienen y se legitiman socialmente como igualmente válidos en tanto que propuestas de solución para el mismo. Y un discípulo de Viehweg, como es Ballweg, llegará a sostener que la única racionalidad que cabe en la argumentación jurídica es de carácter funcional o sistémico, no de índole normativa como la que parecen querer acotar las teorías de la argumentación, por lo que la tónica no pretendería encauzar la formación de un consenso racional ni ser su doctrina, sino únicamente servir de base analítica para la obtención y descripción del consenso posible, sometido a todo tipo de condicionamientos contextuales².

Para Viehweg, el trabajo práctico con el derecho tiene una naturaleza tónica, pues en él la búsqueda de solución para un problema práctico es determinante y tal solución no es aportada de modo inequívoco por ningún género de sistema. Por mucho que los ordenamientos jurídicos traten de ordenarse sistemáticamente, sus contenidos no serán producto originariamente de la necesidad lógica, sino de la opción entre premisas posibles; y la interpretación y aplicación de esos contenidos elevados a normas estará determinada también por una serie de opciones y decisiones, ya que las normas no se pueden formular en un lenguaje formal e inequívoco, existen lagunas, etc. En suma, el trabajo del jurista estaría presidido por la que llama Viehweg "aporía fundamental" de la disciplina jurídica: la cuestión de saber qué sea lo justo aquí y ahora, para cada caso³. Y por eso le será de particular utilidad la tónica, entendida como "técnica del pensamiento de problemas"⁴.

La tónica sería aquella disciplina que proporciona los tópicos o argumentos de que el jurista o cada parte en un litigio jurídico pueden echar mano para justificar la decisión tomada o propuesta. Los tópicos serían premisas posibles e igualmente válidas para el razonamiento jurídico en cada caso práctico. Ante cada problema, se podrá defender una u otra decisión mediante todo un conglomerado de argumentos admisibles y que resultan aceptables entre los juristas de cada momento, tanto en sí mismos, como argumentos utilizables en derecho, como en su aplicación al caso concreto que se discuta. Esos tópicos o argumentos podrán ser de muy diverso tipo, desde principios del derecho a brocardos o dichos jurídicos, lugares comunes, evidencias sociales compartidas, precedentes, postulados de justicia, las mismas normas jurídicas, etc⁵.

Pero lo que Viehweg ante todo quiere destacar es la prioridad de la inventio o hallazgo de los argumentos o premisas del razonamiento jurídico, frente al acto mecánico o puramente formal de la conclusio o deducción de la decisión a partir de esas premisas previamente establecidas. Y la tónica sería ars inveniendi, la técnica de pensamiento que enseña a hallar esos argumentos que son útiles en

² Cfr. Ballweg, O., "Phronetik, Semiotik und Rhetorik", en *Rhetorische Rechtstheorie: zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*, Freiburg i.Br./München, Alber, 1982, p. 44-45; "La rationalité prudentielle", en *Archives de Philosophie du Droit*, 23, 1978, p. 260.

³ Viehweg, Th., *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 5. ed., 1974, p. 96. Hay traducción castellana de la segunda edición, *Tónica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964. Para un estudio en detalle de la obra de Viehweg puede verse García Amado, J.A., *Teorías de la tónica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, donde se analiza también la contemporánea rehabilitación de la tónica en otras disciplinas y se repasa brevemente su significado en la Antigüedad.

⁴ *Ibid.*, p. 31. Por "problema" entiende Viehweg "toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la que se busca precisamente una respuesta como solución" (*ibid.*, p. 32).

⁵ Como ejemplos de tópicos jurídicos actuales cita Viehweg únicamente la buena fe, el interés, la protección de la confianza y los conceptos jurídicos en general (Viehweg, Th., *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 95). La más amplia enumeración de tópicos jurídicos se contiene en Struck, G., *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt M., Athenäum, 1971, pp. 20-34. Esos mismos tópicos son sistematizados en Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 120-128.

la justificación de decisiones por gozar de consenso en el conjunto social o en la comunidad de los juristas.

Para la tónica jurídica, la solución decisoria de cada problema jurídico se seguirá a partir de la búsqueda y discusión de los tópicos aplicables. Y de entre el arsenal de tópicos o argumentos que la tónica proporciona serán invocables en cada caso aquellos que resulten adecuados y admisibles en relación con el asunto de que se trate, sin que la decisión en favor de uno u otro como preferente se derive de ningún tipo de jerarquía entre ellos. Pero con esto llegamos al problema clave que las teorías de la argumentación tratan de responder: la cuestión de si la decisión final, la opción de dar preferencia a uno u otro de los argumentos o tópicos en litigio y, con ello, decidir en uno u otro sentido dentro de los posibles, es susceptible de control racional; se trataría de averiguar si es posible indicar algún criterio que permita discernir cuál de entre las decisiones posibles, cuál de los argumentos o valoraciones en pugna es más racional, o si, por el contrario, no hay más instancia de decisión y control que la subjetividad del juez. Y aquí es donde la tónica jurídica se queda en una fase previa a las teorías normativas de la argumentación y donde sus ambiciones teóricas se muestran menores que las de Perelman.

Viehweg no propone el consenso como criterio legitimador o asegurador de la decisión jurídica, ni siquiera un consenso ideal a modo de referente o patrón último. El consenso deberá estar en el punto de partida de la argumentación, respaldando los argumentos utilizables. Sólo servirá como tópico o argumento en la justificación de una decisión o propuesta de decisión lo que goce del consenso de todos, de la mayoría o de los más doctos. Pero, puesto que son plurales los tópicos o argumentos enfrentados ante cada problema a resolver, y puesto que la decisión final supone dar preferencia a alguno o algunos de esos argumentos enfrentados e igualmente basados en el consenso, la racionalidad de la decisión final ya no se teoriza en la tónica jurídica. La tónica como método no ofrecería un criterio para la elección entre los tópicos invocados en la discusión⁶. En este sentido, la de Viehweg sería una doctrina menos ambiciosa que la de Perelman, pero también se podría alegar que es con ello menos idealista y permanece más vinculada a los caracteres de la práctica real. En la tónica jurídica el componente descriptivo o analítico prevalecería más claramente sobre el componente normativo, sin dar lugar a esa difícil dualidad presente en el pensamiento de Perelman. De ahí que se haya podido decir también que la tónica jurídica no constituye una auténtica o suficiente teoría de la argumentación jurídica⁷, especialmente si por tal entendemos la teoría normativa de la argumentación. Se quedaría en un primer estadio, describiría únicamente los primeros pasos o el punto de arranque del proceso argumentativo que desemboca en la decisión. Sería, en palabras de Mengoni, un medio de selección de "hipótesis de solución"⁸, no un medio de justificación de la opción final por una de esas hipótesis. Lo que Viehweg anticipa, en la misma época que Perelman y otros autores, es la idea de que es en el contexto de cada situación donde a través del intercambio de razones se ponen las bases para que la decisión sea socialmente aceptable, si bien esa aceptabilidad provendrá meramente del consenso que respalda los tópicos en presencia y aún no del procedimiento de su manejo.

La nueva retórica de Chaim Perelman.

Desde el principio de su obra Perelman es consciente de la parte de opción valorativa que subyace a toda aplicación del derecho y a cualquier consideración del ordenamiento o de sus normas en términos de justicia. Sólo que en su etapa inicial, que tiene su máxima expresión en su *De la justice*, de 1945, piensa, en clave de epistemología positivista, que acerca de valoraciones y sistemas de valores no cabe ningún patrón objetivo de racionalidad, por lo que todos serán en todo caso mera manifestación de la subjetividad de quien los afirma. Según Perelman, "no hay valor que no

⁶ Cfr. Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1978, p. 42.

⁷ Hassemer, W., "Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik", en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2, 1972, p. 47.

⁸ Mengoni, L., *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 42.

sea lógicamente arbitrario"⁹, y, "puesto que no hay reglas susceptibles de proporcionar una solución definitiva al problema de la buena elección, cada elección constituye un riesgo, una opción que afecta a la responsabilidad del hombre que ha optado"¹⁰. No obstante, y dado ese inevitable componente decisorio, en una segunda etapa trata Perelman de ir más allá de esa postura relativista y busca la forma de dotar de justificación racional a las opciones por unos sistemas de valores frente a otros. La primera conclusión al respecto seguirá siendo que es imposible encontrar para tal fin principios incontestables. Pero se tratará de elaborar una "lógica de los juicios de valor", "a partir de un examen detallado de la manera como los hombres razonan efectivamente sobre los valores"¹¹.

La idea clave para la nueva doctrina perelmaniana estará en los conceptos de decisión y juicio de valor¹², y la retórica ocupará precisamente ese puesto de "lógica de los juicios de valor".

Pero el elemento decisorio estaba claro ya en su anterior etapa y lo que en este segundo momento trata Perelman de poner de manifiesto es que las decisiones valorativas no acontecen al margen de toda regla o toda pauta racional. Esa su lógica específica mostraría precisamente su peculiar racionalidad, distinta pero no inferior de la que preside los razonamientos puramente lógicos o empíricos. Como expresamente dice, "en derecho ningún poder se puede ejercer de manera arbitraria, es decir, no razonable"¹³. Todo lo más cabe una distinción conceptual que reserve el calificativo de racional para las conclusiones de la lógica o la ciencia empírica, conclusiones enjuiciables en términos absolutos de verdad o falsedad, pero que no oponga sin más a esa racionalidad la irracionalidad, sino otro tipo de ejercicio racional que Perelman denomina "razonabilidad". "Lo razonable está ligado al sentido común, a lo que es aceptable en una comunidad dada", no a la idea de verdad, por lo que mientras en ciencia sólo una de las tesis en litigio para explicar un fenómeno puede ser verdadera, en materias como el derecho varias propuestas de solución valorativa pueden aparecer como igualmente razonables¹⁴. Únicamente es no razonable "lo que es inadmisibles en una comunidad en un momento dado"¹⁵, "lo que la opinión común no puede aceptar, lo que percibe como manifiestamente inadecuado a la situación o contrario a la equidad"¹⁶. Y ahora Perelman dirá que "en filosofía el irracionalismo se explica fundamentalmente por el desconocimiento de la racionalidad de los procesos de justificación"¹⁷.

De este modo, Perelman ataca el "absolutismo de la razón" presente en el iusnaturalismo o en la doctrina del legislador racional, tal como la presuponía la metodología jurídica tradicional, sin caer por ello en la proclamación del irracionalismo¹⁸. Es posible un control y una crítica de las decisiones jurídicas y de las valoraciones que les subyacen en términos de razón, y tal control lo llevarán a cabo los jueces. A ellos les corresponde dejar patente que sus decisiones no son fruto de su libre arbitrio, sino que se pueden justificar como razonables y acordes con lo que la correspondiente sociedad

⁹ Perelman, Ch., Justice et raison, Bruselas, Presses Universitaires, 1963, p. 75.

¹⁰ Perelman, Ch., Rhétorique et philosophie, París, Presses Universitaires de France, 1952, p. 160.

¹¹ Perelman, Ch., Droit, morale et philosophie, París, LGDJ, 2 ed., 1976, p. 48.

¹² Perelman, Ch., Rhétorique et philosophie, cit., pp. 12ss.

¹³ Perelman, Ch., Ethique et Droit, Bruxelles, Editions de L'Université de Bruxelles, 1990, p. 674.

¹⁴ Perelman, Ch., Ethique et Droit, cit., p. 292.

¹⁵ Ibid., p. 516.

¹⁶ Ibid., p. 675.

¹⁷ Ibid., p. 327.

¹⁸ Cfr. Ibid., pp. 431ss, 520-521.

estime compatible con la razón¹⁹. Esos jueces, que como cualquier otro ser humano, no pueden entenderse ya en posesión de ningún privilegiado acceso a la verdad moral o a valores de validez absoluta e intemporal, tendrán que justificar ante la sociedad sus opciones como compatibles con la razón. Con ello llegamos a la idea de justificación argumentativa de la decisión valorativa, concepto fundamental en la teoría de Perelman y en las teorías de la argumentación jurídica en general.

Para Perelman, razonamiento práctico es "aquel que justifica una decisión", y el ejemplo prototípico de tal clase de razonamiento sería el de la motivación de las sentencias por el juez²⁰. En relación con esta importancia de la justificación intersubjetiva de las decisiones como razonables, aparece la importancia de la retórica en Perelman. Si la razonabilidad de la decisión no se muestra como evidente o necesaria, sino que ha de ser justificada, argumentada, el instrumento adecuado al efecto será la retórica. "La retórica, tal como la concebimos -dice Perelman- consistirá en un estudio de los medios de argumentación que permiten obtener o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se someten a su asentimiento"²¹. De ahí que realísticamente diga Perelman que "motivar un juicio, es decir, justificarlo, no es fundamentarlo de modo impersonal y, por así decir, demostrativo", sino que "es persuadir a un auditorio, al que se ha de conocer, de que la decisión está de acuerdo con sus exigencias", para lo cual la motivación se adaptará al tipo de auditorio al que se pretende persuadir²², ya que "toda argumentación se desarrolla en función de un auditorio"²³. Pero con estos planteamientos se llega a uno de los dilemas de la doctrina perelmaniana: el de la tensión entre eficacia y racionalidad de la justificación.

En Perelman el consenso aparece claramente indicado como criterio último con el que juzgar acerca de la razonabilidad o no de la decisión y las valoraciones que la provocan. Si se han de justificar las decisiones es porque se presupone que la decisión puede y debe encontrar el acuerdo de la sociedad o la parte de la misma de que se trate. Ahora bien, tenemos, por un lado, que la "nueva retórica" de Perelman estudia "los medios discursivos para obtener la adhesión de los espíritus"²⁴, y que esa adhesión puede venir determinada o influida por la habilidad en el manejo de la retórica por parte de quien justifica la decisión. Pero cuanto más se nos muestre como manipulado o inducido ese consenso social en torno a la decisión, tanto menos se podrá presentar el dato del consenso como indicio de la racionalidad de la decisión.

Trata de salvar este dilema con su conocida distinción entre persuadir y convencer, por un lado, y auditorio particular y auditorio universal, por otro. Persuasiva es la argumentación que "sólo pretende valer para un auditorio particular", mientras que convincente es aquella que se pretende apta para "obtener la adhesión de todo ser de razón"²⁵, es decir, del "auditorio universal". Solamente esta argumentación que trata de lograr la convicción del auditorio universal puede calificarse como racional. La otra tendrá un valor puramente instrumental, ligado a la defensa de intereses particulares,

¹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 545, 672.

²⁰

Ibid., p. 333-334. Pero, más allá de ese ejemplo concreto, "la argumentación interviene en todos los casos en que las personas deben tomar decisiones, realizar elecciones reflexivas, cada vez que tienen que deliberar o discutir, criticar o justificar" (Perelman, Ch., *Logique et argumentation*, cit., pp. 84-85).

²¹ Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Rhétorique et Philosophie*, cit., p. 125.

²² Perelman, Ch., *Ethique et Droit*, cit., p. 679.

²³

Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l'Argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 3 ed., 1970, p. 8 (existe traducción castellana de esta obra: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989). Por auditorio se entiende "el conjunto de todos aquellos sobre los que el orador quiere influir mediante su argumentación" (*ibid.*, p. 25).

²⁴ Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 10.

²⁵ *Ibid.*, p. 22.

ideologías, etc. "El discurso dirigido a un auditorio particular tiende a persuadir, mientras que el que se dirige al auditorio universal tiende a convencer". Y añade Perelman que "un discurso convincente es aquel en el que las premisas y los argumentos son universalizables, es decir, aceptables, en principio, para todos los miembros del auditorio universal"²⁶.

En el fondo, la racionalidad de la argumentación no vendría dada por el hecho de que efectivamente alcance el consenso que pretende, sino por el hecho de pretender ese consenso de una determinada manera, apelando a la razón común entre las personas y no a resortes irracionales²⁷. El prototipo de argumentación racional sería la argumentación filosófica, que busca justificar tesis aceptables para todo ser racional. Y Perelman plantea su doctrina, la teoría de la argumentación o nueva retórica, como abarcadora por igual de "todo el campo de la argumentación tendente a convencer o a persuadir, cualquiera que sea el auditorio al que se dirija y cualquiera que sea la materia de la que se trate", y tanto la lógica filosófica como la lógica jurídica (en el sentido en que Perelman habla de lógica, no como lógica formal, sino como tipo de pensamiento racional) "no serían sino aplicaciones particulares de la nueva retórica al derecho y a la filosofía"²⁸.

¿Pero de qué tipo sería la argumentación jurídica, tal como se contiene, por ejemplo, en la motivación de una sentencia judicial? El mismo Perelman admite que la argumentación jurídica difiere, debido a los condicionamientos prácticos a que está sometida, del tipo de argumentación racional encarnado por la filosofía²⁹. La argumentación jurídica se puede mencionar incluso como ejemplo de justificación dirigida a un auditorio particular³⁰. De ahí que el derecho y su racionalidad posible aparezcan en Perelman en términos un tanto equívocos: "el derecho es simultáneamente acto de autoridad y obra de razón y de persuasión"³¹. El elemento propiamente retórico o de manejo de un instrumental, apto para condicionar la adhesión del auditorio de que se trate, estaría en la argumentación jurídica en tensión con el elemento de racionalidad, que se daría únicamente si se argumentara con vistas a obtener el acuerdo hipotético de todos sobre la base de la ponderación no manipulada de los argumentos. Pero con esto nos encontraríamos ante el dilema de si en el manejo práctico del derecho y en la justificación de sus decisiones se da realmente más relevancia al dato de la eficacia o al elemento de la razón.

Perelman mismo describe la argumentación eficaz como aquella que consigue del auditorio una adhesión suficientemente intensa como para mover a la acción en el sentido deseado³². Y, naturalmente, una argumentación como la jurídica, tan ligada a consecuencias prácticas, no podrá renunciar a esa dimensión de eficacia práctica, por lo que tendrá un ineludible componente persuasivo, y jugará en ella un papel el elemento "irracional"³³. Y el propio Perelman se interroga sobre cuál será el criterio para medir la mayor o menor racionalidad de esa argumentación que necesariamente ha de pretenderse eficaz y no meramente racional, a lo cual responderá que serán los propios planteamientos y el propio enfoque del argumentar (según que se haga con las miras puestas en la persuasión de un auditorio particular o en la convicción del auditorio universal) el criterio que

²⁶ Perelman, Ch., *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, 1977, p. 31.

²⁷ Cfr. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Rhétorique et Philosophie*, cit., pp. 110ss.

²⁸ Perelman, Ch., *L'empire rhétorique*, cit., p. 19.

²⁹

Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979 (trad. de L. Díez-Picazo), pp. 162ss.

³⁰ Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Rhétorique et Philosophie*, cit., p. 130.

³¹ Perelman, Ch., *Ethique et Droit*, cit., p. 679.

³² Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 59.

³³ Cfr. Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., *Rhétorique et Philosophie*, cit., p. 34.

nos permitirá juzgar de su grado de racionalidad³⁴. Pero con ello estamos razonando de modo circular, pues lo que nos estábamos preguntando es cómo se mide la racionalidad de una argumentación, como la jurídica, que por imperativos prácticos tiende precisamente, al menos en parte, a la persuasión de un auditorio particular. Y poco se aclara al respecto si se hace del tema una mera cuestión de intenciones, como cuando Perelman afirma que la orientación al auditorio universal es propia de los espíritus más racionalistas y honestos³⁵, o que la clave está en "pretender" la universalidad de las premisas³⁶ y en no tratar de justificar premisas que se saben no universalizables e interesadas; o cuando se interpreta su pensamiento en el sentido de que el phronimos o prudent es el argumentador capaz de ver lo universal en lo particular³⁷.

Y tampoco aclaran más la cuestión sus puntualizaciones sobre la naturaleza del auditorio universal. Este sería en realidad una "ficción"³⁸ que el argumentante se representa como encarnación del conjunto imaginario de todos los seres racionales, y el tipo de acuerdo al que tiende la argumentación a él orientada no se mide en términos de ningún consenso efectivo o empírico, sino de "una universalidad y una unanimidad que el orador se representa, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal"³⁹. Por tanto, la remisión al auditorio universal no sirve como baremo que ofrezca una referencia firme y constatable, sino que se trata de una pura construcción ideal, de una idea regulativa a la que tendencialmente se acercarán ciertas elaboraciones argumentativas en razón del grado de generalidad con que sus premisas se formulen y sin que el supuesto acuerdo universal del que serían susceptibles pueda manifestarse en ninguna forma de consenso efectivamente mensurable, pues "el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho"⁴⁰.

Vemos como Perelman describe el componente prioritariamente retórico de la argumentación jurídica, pero no se resigna a admitir que el mismo esté al servicio de las contingencias de la práctica y de los intereses en litigio, no reconoce que la racionalidad de esa argumentación sea meramente funcional o instrumental. Y de ahí la peculiar dualidad de la obra perelmaniana⁴¹, en la que se explican con enorme rigor y acierto las formas de uso de los recursos retóricos y, al mismo tiempo, parece darse por sentado que una argumentación que haga uso preferente de esas herramientas retóricas, que sirven para mover al auditorio, será fundamentalmente irracional.

³⁴ Ibid., p. 38-39.

³⁵ Ibid., p. 39.

³⁶ Ibid., p. 119. Desde este planteamiento no es sorprendente que Perelman acabe manifestando la proximidad de su modelo de argumentación orientada al auditorio universal al concepto kantiano de imperativo categórico (ibid.). "Es evidente -añade Perelman- que este auditorio universal al que cada pensador racional se dirige no es más que una creación de su espíritu: es función de este último, de su información, de la concepción que posea acerca de los valores que se denominan universales, está históricamente y socialmente determinado y está situado en el contexto de una cultura y varía con esta última" (ibid., p. 120).

³⁷ Haarscher, G., "Après Perelman", in Justice et Argumentation, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 224.

³⁸ Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., Rhétorique et Philosophie, cit., p. 39.

³⁹ Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L., Traité de l'Argumentation, cit., p. 41.

⁴⁰ Ibid., p. 158.

⁴¹ Esa dualidad estaría ya contenida también en la retórica de Aristóteles. Vid. Aristóteles, Topicos, VIII 160b, 161a, 161b; Retorica, I 1355b 5-10, 1404a 1-10. Por eso se ha hablado del "dilema ético de toda retórica" (Eisenhut, W., Einführung in die antike Rhetorik und ihre Geschichte, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, p. 32).

Habermas como inspirador de la teoría de la argumentación jurídica

En esa pretensión de Perelman de dar, a pesar de todo, indicaciones para distinguir la argumentación racional de la que no lo sea, se diferenciaría por ejemplo de los planteamientos coetáneos de la tópica jurídica. Y, por otro lado, será precisamente en la concreción, desarrollo y fundamentación de los criterios normativos de racionalidad donde las posteriores teorías de la argumentación tratarán de ir más allá de Perelman. Apuntemos, muy brevemente, cómo las más recientes teorías de la argumentación buscan un sustento más elaborado para la racionalidad jurídica como racionalidad consensual y discursiva. Como inspiración fundamental de la más representativa de las actuales teorías de la argumentación jurídica, la de Robert Alexy⁴², está la ética discursiva de Habermas. También para Habermas, como para Perelman, la argumentación racional es aquella que maneja argumentos capaces de convencer a todo interlocutor racional que pudiese participar en la discusión. Ahora bien, la fundamentación de ese postulado de universalización de los argumentos, emparentado con el imperativo categórico kantiano (al igual que el concepto de argumentación ante el auditorio universal de Perelman) recibe en Habermas un ulterior fundamento que no estaba presente en Perelman. En efecto, los presupuestos de la argumentación racional, sintetizados en el principio de universalización, se darían en toda argumentación como condición de posibilidad y de sentido del lenguaje mismo. El argumentar buscando el consenso libre de todo ser racional, buscando lo que Perelman llamaba convencer y no meramente persuadir, ya no es un postulado moral producido sin más por la conciencia individual ni una simple recomendación práctica para una mejor convivencia, sino un presupuesto que damos por válido y sentado cada vez que nos comunicamos, de forma que quien mediante la argumentación no busca el libre acuerdo sino la manipulación, quien no defiende intereses generalizables, sino egoístas, estaría contradiciendo tales presupuestos de su propia actividad argumentativa e incurriendo en contradicción pragmática o realizativa. Para Habermas, la existencia de sociedad es posible gracias a que es factible el entendimiento entre los sujetos a través del lenguaje. Al servirse del lenguaje, el individuo participa necesariamente de la perspectiva social, sale "de la lógica egocéntrica"⁴³. La comunicación lingüística sólo tiene sentido y razón de ser en cuanto orientada al entendimiento con el otro, lo cual hace que quien se comunica no pueda sustraerse a las condiciones de racionalidad immanentes a la acción comunicativa. Por tanto, toda acción lingüística es idealmente una "acción orientada al entendimiento", y quien actúa en sociedad y se comunica, no puede sustraerse a los presupuestos de dicha comunicación, al "carácter inexcusable de aquellos presupuestos universales que condicionan siempre nuestra práctica comunicativa cotidiana y que no podemos elegir"⁴⁴.

Puesto que toda comunicación tiende al entendimiento como su telos immanente⁴⁵, tenemos que toda comunicación busca en última instancia el acuerdo. Quien habla aspira a validez general para su emisión, busca que todas las personas reconocidas como interlocutores válidos la admitan como adecuada. Así pues, el lenguaje es, como medio de orden social, la alternativa a la mera violencia entre seres asociales.

Lo anterior implica que toda emisión comunicativa lleva implícita una pretensión de validez intersubjetiva, que "al lenguaje le es immanente la dimensión de la validez" y que "la orientación a

⁴²De la obra crucial de Alexy en este tema, *Teorie der juristischen Argumentation*, hay traducción castellana, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Una magnífica exposición de las actuales teorías de la argumentación jurídica, incluyendo a Perelman, Viehweg, Alexy y otros autores aquí no examinados, como Toulmin y MacCormick, puede verse en Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁴³Habermas, J., *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, Taurus, 1990, p. 85.

⁴⁴Habermas, J., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1983, p.141.

⁴⁵Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989, p 369.

pretensiones de validez pertenece a las condiciones pragmáticas de posibilidad del entendimiento"⁴⁶. Quien realiza un acto de habla está haciendo a sus interlocutores una oferta de entendimiento sobre algo en el mundo objetivo, en la sociedad o en sí mismo, y esa oferta envuelve una pretensión de ser aceptada, de generar acuerdo sobre su corrección a la luz del mundo objetivo, de la sociedad o de la personalidad del sujeto. Y el interlocutor, ante esa oferta, está racionalmente forzado a tomar postura en sentido afirmativo o negativo, admitiendo la validez o cuestionándola. En caso de desacuerdo inicial sobre la validez de la emisión, los interlocutores estarían forzados, por razón de la propia racionalidad immanente a la comunicación, a buscar el restablecimiento del acuerdo mediante la aportación de razones o argumentos que permitan un nuevo consenso en torno a las razones mejores. En palabras de Habermas, "con una pretensión de validez un hablante apela a un potencial de razones que, llegado el caso, podría sacar a la palestra en favor de esa pretensión"⁴⁷. En última instancia, hablar es comprometerse en la generación de expectativas y entenderse es compartir expectativas, expectativas que, en cuanto compartidas, hacen posible la coordinación social.

Así pues, toda emisión comunicativa aspira tendencialmente a un entendimiento pleno en torno a un acuerdo de alcance universal. Una emisión comunicativa que responda a la racionalidad última del lenguaje no pretenderá un acuerdo vinculado a razones relativas, o engañosas, o aceptables sólo para algunos. Cuando no ocurre así, cuando a sabiendas se busca un consenso no libre, cuando se manipulan las razones y se instrumentaliza a los interlocutores, se está llevando a cabo una utilización parasitaria del lenguaje.

Para el sujeto racional se sigue una cierta compulsión intelectual a ser congruente con los presupuestos o condiciones de posibilidad de los instrumentos comunicativos de que hace uso para vivir en sociedad. Habermas explica eso que llama también "el fundamento normativo de la comunicación lingüística", diciendo que quien toma parte en un discurso da por sentados "al menos implícitamente, determinados presupuestos, que son los únicos que permiten el acuerdo: así, los presupuestos de que las proposiciones verdaderas son preferibles a las falsas y que las normas justas (esto es: susceptibles de justificación) son preferibles a las injustas"⁴⁸.

Trasladado a Perelman ese modelo, tendríamos que se restablecería la unidad entre la retórica como técnica de persuasión y como argumentación racional: a ambos usos de la comunicación subyacería idéntica exigencia de racionalidad y búsqueda de consenso libre, pero mientras que el primero sería un ejemplo de racionalidad instrumental, contradictoria con las condiciones de sentido del propio lenguaje que utiliza, un uso parasitario del lenguaje y la comunicación, el segundo sería un supuesto de acción comunicativa, de ejercicio coherente de la comunicación.

Y el referente ideal que en Perelman es el auditorio universal, aparece en Habermas como "comunidad ideal de diálogo". Pero en este último caso hay una mayor elaboración. La comunidad ideal de diálogo ya no es la simple agregación imaginaria de todos los seres racionales, sino aquella situación ideal en la cual se cumpliesen plenamente los presupuestos y reglas implícitos en la comunicación, en que el procedimiento argumentativo racional se realizase perfectamente. Con ello, los sujetos capaces de lenguaje y colocados en esa situación carecerían de toda traba, coacción o manipulación que les impidiera percibir su interés y ponerse de acuerdo y consentir todos por igual sobre las decisiones acordes con el interés general. En Perelman la intersubjetividad como clave de la racionalidad es un postulado de la conciencia individual, un imperativo de conciencia; en Habermas la racionalidad como orientación al consenso intersubjetivo es presupuesto trascendental de la praxis lingüística, condición de posibilidad del lenguaje.

⁴⁶ Habermas, J., "Entgegnung", en A. Honneth y H. Joas (ed.) *Kommunikatives Handeln*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1988, p. 360.

⁴⁷ Habermas, J., *Pensamiento postmetafísico*, cit., p. 84.

⁴⁸ Habermas, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1981, p. 179.

Vemos cómo el paso de Perelman a Habermas supone el tránsito de fundamentar el principio de universalización, en cuanto núcleo de la racionalidad práctica, como postulado de la conciencia individual⁴⁹ a presupuesto inmanente a la comunicación intersubjetiva, al lenguaje.

¿Qué queda de la relación entre retórica y derecho? Hemos visto que la teoría de la argumentación jurídica arranca de considerar esencial en el derecho y en su legitimación una cierta praxis retórica, y que, al mismo tiempo, trata de huir de un planteamiento propiamente descriptivo de los recursos retóricos y su uso en el derecho, para reglamentar ese discurso a fin de alcanzar un parámetro con el que medir la mayor o menor racionalidad de sus resultados. Las reglas que enumera Alexy son el mejor ejemplo de esto⁵⁰. Con ello la teoría de la argumentación acaba siendo una teoría formal y procedimental de la racionalidad jurídica: argumentación jurídica racional es aquella que se desarrolla con respeto de tales reglas ordenadoras del discurso, reglas que idealmente garantizan que el resultado final podrá ser consentido por todo interlocutor imparcial, por representar el interés de todo y no una postura egoísta o puramente individual.

Parece, pues, que por la retórica (y la tópica) se ha pasado únicamente como estación en el camino hacia una doctrina más "filosófica". Sin embargo, han quedado huellas y vías permanentes. Hoy ya es habitual considerar los tradicionales recursos metodológicos (los cánones de la interpretación jurídica, por ejemplo) como argumentos que se usan en el seno de un debate buscando la convicción o persuasión. Y existen obras importantes que analizan desde un punto de vista similar la utilización que de tales recursos hacen por ejemplo los tribunales de justicia⁵¹. Pero en ese tipo de análisis queda mucho por hacer y tendría pleno sentido la colaboración a tal fin de teóricos del derecho y del lenguaje y la comunicación⁵².

⁴⁹Insistamos en que, frente a la fundamentación intersubjetivista que Habermas trata de proporcionar de ese modo, Perelman da de la racionalidad de la argumentación un fundamento situado en la conciencia individual, como el imperativo categórico de Kant, al que expresamente remite Perelman: "una tal argumentación -racional, dirigida al auditorio universal- se somete a las exigencias del imperativo categórico (...) Se trata en este caso, evidentemente, de una hipótesis del orador sobre lo que merecería el acuerdo de este auditorio" (Perelman, Ch., *Logique et argumentation*, cit., p. 105). "En efecto, cada uno se forma una idea de este auditorio universal a partir de lo que considera como válido para él mismo, debiendo imponerse igualmente a todos las razones de esta validez" (*ibid.*, p. 106). "Esta universalidad, no fundada ni sobre la necesidad ni sobre la evidencia, no puede manifestar más que una intención, la intención de superar los puntos de vista parciales y particulares" (*ibid.*, p. 146).

⁵⁰

La tabla de dichas reglas puede verse en el apéndice a Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, cit. En la traducción castellana se encuentran en las páginas 283-287.

⁵¹ Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

⁵²

Buenos ejemplos de análisis de documentos jurídicos y de procesos jurídicos pueden verse, respectivamente, en Seibert, Th.-M., *Aktenanalysen. Zur Schriftform juristischer Deutungen*, Tübingen, Gunter Narr, 1981, y Hoffmann, L. (Ed.), *Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren*, Tübingen, Gunter Narr, 1989.

Las doctrinas que se acogen al rótulo genérico de teoría de la argumentación jurídica constituyen, pese a su relativa diversidad, el mejor ejemplo de lo que dentro de la teoría y filosofía del derecho actuales se puede considerar un modelo teórico de gran éxito y enorme eco. Algunos dirían que se trata de un nuevo “paradigma” y otros, quizá, de una simple moda pasajera. Es posible trazar su evolución, desde la labor precursora que a partir de la década de los cincuenta comienzan autores como Perelman, Viehweg o Recaséns⁵³, pasando por el hito cuasi-fundacional que representa la publicación en 1978 de la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy y siguiendo con toda la elaboración posterior a la que contribuyen autores como MacCormick, Aarnio, Peczenick, Atienza⁵⁴, etc. El tiempo pasado ya y lo mucho escrito hacen sentir la necesidad de un balance objetivo que enseñe qué aportaciones reales se han hecho desde estas doctrinas y qué utilidad real nos ofrecen a día de hoy.

No se pretende en estas páginas realizar un tal balance propiamente dicho, sólo señalar lo que de avance han significado las teorías de la argumentación jurídica y lo que podrían ser aún sus carencias, al tiempo que apuntamos muy elementalmente alguna vía para superar éstas.

1. La teoría de la argumentación jurídica: logros y cuestiones abiertas

A menudo puede dar la impresión de que los teóricos de la argumentación jurídica hubieran descubierto un continente inexplorado, un nuevo campo de estudio, cual si descubrieran temas en los que anteriormente no se hubiera reparado. Sin embargo, sería engañoso creerlo así. Baste pensar en la honda tradición que posee la teoría del razonamiento jurídico, que no es algo tan distinto. Opino más bien que la aportación de la teoría de la argumentación jurídica ha consistido, por un lado, en hallar fructíferas vías medias para muchas de las artificiosas y engañosas dicotomías en que se movía la teoría de la aplicación del derecho y, por otro lado, en sentar un nuevo modelo de racionalidad con la que medir críticamente las decisiones jurídicas, modelo que, sin embargo, y pese a las apariencias y la ingente cantidad de papel, no ha alcanzado aún una elaboración suficientemente precisa como para servir de instrumento analítico y crítico de esas decisiones. Veamos esto por partes y brevemente.

1.1. Dicotomías que se superan

1.1.1. A la lógica lo que es de la lógica

Una de las discusiones más desenfocadas que ha padecido la teoría del derecho del siglo XX versa sobre el papel de la lógica en el derecho, y en particular sobre su alcance y función en el razonamiento jurídico. El péndulo se ha movido permanentemente entre el extremo de pensar que la lógica podía ser garantía única y cierta de racionalidad de la decisión jurídica y de incontaminada pureza del razonamiento que lleva a ella, y el extremo de creer que la materia práctica con que el jurista opera nada tiene que ver con el frío formalismo lógico. Y fueron gruesos malentendidos sobre el concepto y las funciones mismas de la lógica los que alimentaron tanto confusionismo. Esos malentendidos tienen una génesis histórica no difícil de identificar. El equívoco proviene de que quienes en el siglo XIX mantenían el carácter puramente lógico de las operaciones de aplicación del

⁵³ Véase al respecto, J.A. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988; “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, pp. 151ss; “Retórica, argumentación y derecho”, en *Isegoria*, 21, 1999, pp. 131ss.

⁵⁴ Tres importantes exposiciones de conjunto son las de M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986; y E.T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Kluwer, 1999.

derecho manejaban una idea de la lógica que no se corresponde con la noción de lógica formal que se impone en el siglo siguiente. Pero el pensamiento jurídico reaccionó contra aquel logicismo negando también la utilidad práctica de la nueva lógica formal. Los que en el siglo XIX defendían el carácter puramente “lógico” de la aplicación del derecho pensaban en una lógica bien alejada de los postulados, explicaciones y limitaciones que asume la lógica formal moderna, y ningún tratadista riguroso de las aplicaciones de la lógica formal al razonamiento jurídico defendió nunca que la lógica agotara los elementos de dicho razonamiento y fuera suficiente para determinar sus contenidos. ¿Cómo se explica, pues, el gran equívoco?

La razón está, al menos en parte, en la confusión que en el pensamiento jurídico se ha dado entre lógica formal y formalismo metodológico. Las doctrinas metodológicas de la aplicación del derecho dominantes en el siglo XIX, la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania, y la Escuela de la Exégesis, en Francia, mantenían posturas formalistas ingenuas, consistentes, como es bien sabido, en sostener que el juez se limitaba a realizar asépticos silogismos, meras subsunciones, con lo que en su labor no quedaba lugar legítimo para ningún género de valoración ni de creación de derecho. Pero ese formalismo debía tal condición no tanto a la lógica⁵⁵, que por lo demás era, como máximo y en el mejor de los casos, una muy elemental silogística aristotélica, cuanto a una muy particular concepción del sistema jurídico, conforme a la cual éste era completo -sin lagunas-, coherente -sin antinomias- y claro -sin apenas dudas interpretativas o con vías seguras para hallar la interpretación verdadera para cualquier norma-. Esto, unido a una muy simplista e ingenua teoría acerca del conocimiento de los hechos, permitía creer que el juez podía en todo caso encontrar predeterminados y claros todos los elementos de su razonamiento, la premisa mayor y la menor del silogismo que culminaba en el fallo como mera conclusión “lógica”. Dicho de otro modo, no es que la lógica resolviera los problemas de la aplicación del derecho o suplantara las valoraciones del juez, sino que tales valoraciones se habían excluido de antemano al concebir el sistema jurídico y sus normas del modo que hemos dicho, por lo que la aplicación del derecho era vista como aproblemática, como perfectamente determinada por el sistema, y no por la lógica, que simplemente era la herramienta que permitía extraer las decisiones a partir de ese sistema. La confusión derivó probablemente del hecho de que a menudo al sistema mismo se le atribuía una estructura y perfección “lógicas”. Pero con ello no se estaba indicando nada rigurosamente parangonable a lo que se podría llamar posteriormente una estructura axiomática, sino estableciendo, especialmente en el caso de la Jurisprudencia de Conceptos, una jerarquización material u ontológica entre las instituciones y sus respectivos conceptos, según la cual los conceptos más generales abarcaban o incluían en sí materialmente los conceptos menos generales. Y el contenido necesario de tales instituciones y correlativos conceptos se afirmaba no con necesidad “lógica”, sino ontológica, y obvio es desde hace tiempo que tal ontologismo nada tiene que ver con la lógica formal y sus rendimientos⁵⁶. El método en cuestión no es propiamente lógico, la

⁵⁵ El muy detallado estudio de Ogorek ha mostrado bien a las claras que raramente cuando se hablaba de “lógica” se hacía referencia realmente a la lógica y que la imagen del juez como autómatas que no realiza sino silogismos bien simples sólo se difundió verdaderamente, en la Alemania del XIX, en la teoría del Estado, interesada en una determinada configuración de los poderes, pero no así en la teoría de la interpretación o de las fuentes. Cfr. K. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt M., V. Klostermann, 1986.

⁵⁶ Ya Radbruch puntualizó en su momento que la lógica moderna no opera con conceptos, sino con proposiciones, y que a partir de conceptos no se puede deducir nada, sólo a partir de proposiciones (G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967 -edición de A. Kaufmann-, pp. 35-36). Sobre el mencionado confusionismo son también aclaratorias las observaciones de Heinz Wagner: “La Jurisprudencia de Conceptos cree tener con el concepto también todas las proposiciones jurídicas; concepto y proposición jurídica le parecen inescindiblemente unidos de una vez por todas en la causalidad científico-natural. En un fenómeno subsumido bajo un concepto está el caso solucionado” (H. Wagner, *Die Vorstellung der Eigenständigkeit in der Rechtswissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967, p. 30); o las de Bucher, quien se refiere a la confusión de planos entre el aspecto científico-conceptual y el lógico: “que a partir de conceptos, que han sido formados por la ciencia para la presentación del material jurídico, se extraigan ulteriormente conclusiones relativas a contenidos jurídicos, es, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, objetivamente inviable. Por un lado, la formación científica de conceptos es libre, es decir, se pueden formar conceptos de contenido arbitrariamente definido; por otro lado, de los conceptos no puede extraerse más contenido con sentido que aquel que en su formación se les ha atribuido” (E. Bucher, “Was ist «Begriffsjurisprudenz»?”, en W. Krawietz -ed.-, *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, p. 363).

lógica tiene una labor puramente auxiliar o derivada, sino que es el método histórico-natural, conforme al cual las relaciones entre las normas jurídicas, y entre los conceptos que están en su base, no se asimilan a relaciones propiamente lógicas, sino a relaciones entre cuerpos que al unirse forman nuevos cuerpos. La tan manida subsunción significa que un hecho encaja bajo la predeterminación de un concepto en un plano ontológico ideal, que el hecho es una manifestación fáctica de un modelo ideal que se corresponde con un concepto. El supuesto logicismo termina por ser un ontologismo, y éste sería el “punto nuclear” de la Jurisprudencia de Conceptos: “la deducción de la existencia a partir de la esencia, de la realidad a partir de la posibilidad, del ser a partir de los meros conceptos⁵⁷”. Nada más *lejos de la moderna lógica formal y sus postulados⁵⁸.

Lo curioso del caso es que la crítica al formalismo metodológico del XIX erró el tiro y acabó ensañándose con quien menos culpa tenía, la lógica. Toda la cantinela, tan repetida hasta hoy mismo, de que el derecho no es aséptica deducción sino vida, atención a las necesidades humanas y sociales, fenómeno histórico y no frío dato, etc., todas estas trivialidades y obviedades acabaron creando una falaz y radical contraposición entre aplicación del derecho y lógica formal, como si el juez que razona para fallar un caso tuviera que desprenderse de las reglas del razonamiento correcto, o como si acoger tales reglas de la lógica equivaliera a convertirlo en un monstruo insensible. De la indiscutible constatación de que la lógica no es todo, la forma y la materia del razonamiento, se pasó sin solución de continuidad a sostener con pretendida seriedad que la lógica no pinta nada. Se erró el tiro porque del muy justificado ataque al conceptualismo ontologista, que era contra lo que verdaderamente luchaban los primeros críticos de la Jurisprudencia de Conceptos, como el segundo Jhering, los representantes de la Escuela de Derecho Libre, Heck, etc., quedó sólo un forzado antilogicismo, lo que sirvió para que la teoría del derecho, y especialmente la dogmática jurídica, siguiera y siga anclada en un ontologismo que pretende conocer de “naturalezas jurídicas” y de contenidos conceptualmente necesarios de las instituciones, sin más anclaje filosófico que una burda metafísica que haría sonrojarse a cualquier pensador mínimamente serio. Y por pensar así unos y otros, teóricos del derecho enemigos de la lógica y dogmáticos a la violeta, se tienen por fundadamente antiformalistas.

Con el paso del siglo XIX al XX los críticos del formalismo metodológico anterior mostraron del modo más contundente que el sistema jurídico no poseía, ni podía poseer, los caracteres de perfección que el anterior formalismo le atribuía y que ya hemos mencionado. Y que, por tanto, ninguna lógica se bastaba para, sin más auxilio, determinar plenamente las decisiones del juez. Si se pone de relieve, como se puso, que el sistema está lleno de lagunas, que abundan las antinomias y, sobre todo, que la interpretación siempre es necesaria porque los significados posibles de cada norma pueden ser diversos en cada momento y ante cada caso, no se está atacando a la lógica, sino a la idea del sistema que permitía pensar que el juez no necesitaba más que las reglas de la lógica para dictar su fallo. Sin embargo, se tomó la parte por el todo y se acabó insistiendo, más tarde, en que la lógica no tenía nada que decir en el razonamiento judicial o en su control.

Buena parte de la responsabilidad por esos excesos la tienen algunos autores que figuran entre los precursores más destacados de la teoría de la argumentación jurídica, como Viehweg o Perelman.

⁵⁷ Arthur Kaufmann, “Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus”, en A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt M., Athenäum, 1972, p. 284.

⁵⁸ Como ha mostrado Fiedler, la época del racionalismo, en la cual se desarrollaron las ideas básicas acerca de la codificación y de la aplicación del derecho como mero silogismo, se corresponde con un periodo de escasa pureza metódica de la lógica. Y cuanto más estricta sea la concepción de la lógica que se maneje, tanto más difícil resultará presentar la aplicación del derecho como pura deducción (vid. H. Fiedler, “Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und Methodenlehre”, en *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Colonia, Peter Deubner, 1983, pp. 59-60). De ahí que en la Jurisprudencia de Conceptos no se dé en realidad un tratamiento lógico de la problemática de la aplicación del derecho, entendiendo la lógica en su sentido actual. De la lógica se daría solamente la apariencia. Como apunta el mismo Fiedler, “las construcciones de la Jurisprudencia de Conceptos no aparecen en modo alguno determinadas por ningún tipo de legalidades lógicas, sino que son, más bien, expresión de una (mal entendida) admiración por el antiguo método científico-natural” (H. Fiedler, “Zur logischen Konzeption der Rechtsfindung aus dem Gesetz und ihren historischen Bedingungen”, en *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*, Berlin, etc., Springer, 1978, pp. 133-134).

Pero en realidad luchaban contra molinos de viento, pues a la altura en la que escribían ningún teórico serio del derecho sostenía que la lógica determinase la decisión judicial en su integridad, y ni siquiera que tal cosa pudiera concebirse porque el sistema fuera tan claro, coherente y pleno como antaño se quiso creer. Cuando estos autores insistieron en que la dificultad de la aplicación del derecho no radica en extraer el fallo a modo de conclusión lógica a partir de las premisas sentadas, sino en dotar de contenido a estas premisas, la normativa y la fáctica, no estaban diciendo nada que entonces fuera ya radicalmente original. Su aportación como precursores de la teoría de la argumentación va por otro lado, sin duda. Incurrieron, ellos también, en el error de pensar que si la lógica no determina, de nada vale. Tal postura no es sino la expresión de la frustración de un pensamiento jurídico que pierde sus viejas -y ficticias- seguridades y que reacciona culpando a quien no puede dar todo lo que se le había exigido, la lógica. Se concentraron en demostrar que la discusión en la que se establecen las premisas normativa y fáctica del razonamiento judicial tiene un carácter tópico o retórico, pero no insistieron suficientemente en que, si se quiere que dicho razonamiento judicial sea mínimamente racional, ha de ser formalmente correcto, lógicamente correcto el modo en que el fallo se extraiga de las premisas así sentadas; y menos aún repararon en que también ese razonamiento que se lleva a cabo al tratar de fundamentar las respectivas premisas no puede renunciar a la corrección formal, independientemente de dónde busque sus contenidos⁵⁹.

La actual teoría de la argumentación jurídica sí ha sabido, de modo casi unánime, romper esa dicotomía entre materia y forma del razonamiento jurídico, entre control material y control formal de su racionalidad. Es ya un lugar común en estas doctrinas apoyarse en la distinción, que estableciera Wróblewski, entre justificación interna y justificación externa de la decisión jurídica, entendiendo que la justificación interna tiene que ver con la corrección formal del razonamiento decisorio y la justificación externa con la justificación -esta vez no formal, obviamente- de los contenidos materiales de las premisas del mismo. De ese modo se ha superado, esperemos que definitivamente, esa especie de maniqueísmo teórico entre supuestos defensores de la determinación lógica de los contenidos de la decisión e ingenuos y desorientados propugnadores de empatías, intuiciones o percepciones al margen de la lógica.

Pero, en aras de la justicia, interesa destacar que a ese punto de equilibrio no se ha llegado sólo desde las huestes argumentativas, sino que es patrimonio común también con quienes cultivan y desarrollan la lógica jurídica y tratan de maximizar la aplicación del pensamiento lógico-formal al razonamiento jurídico. Sirvan a título de ejemplos, si bien de envergadura, Soeteman o Koch y Rüssmann. Soeteman, después de exponer pormenorizadamente el verdadero papel de la lógica en el razonamiento jurídico y de explicar que su función de parámetro de corrección formal del mismo es insoslayable, recalca con insistencia que tal función nada tiene que ver con la elección de las premisas de dicho razonamiento. Esto último requiere puntos de vista normativos. Si se quiere que la elección de las premisas (y esos puntos de vista materiales que las guían) no sea arbitraria se ha de ofrecer justificaciones que no son competencia de la lógica. Ese es el campo de la justificación externa, el campo de la argumentación, y lo único en que la lógica puede ayudar es en detectar cuándo las premisas explicitadas son o no suficientes para sostener formalmente la conclusión⁶⁰. Muy ilustrativo es también el caso de Koch y Rüssmann, dos de los autores que han realizado un esfuerzo más sólido para fundamentar, con los instrumentos de la lógica formal, la estructura constitutivamente deductiva del razonamiento jurídico. Concluyen que dicha estructura no elimina de ningún modo el problema de la elección de las premisas, por lo que, si se busca que la misma sea admisible, se ha de entrar en

⁵⁹ Como claramente expone Soeteman, la validez no formal no sólo es dependiente de la aceptabilidad de las premisas implícitas, sino también de su validez formal (vid. A. Soeteman, *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 18). Y añade que todo argumento está abierto a un análisis formal, del mismo modo que puede ser sometido también a un análisis no formal, discutiendo la aceptabilidad de sus premisas, por todo lo cual "lógica formal y lógica no formal se complementan y se necesitan mutuamente, no son competidoras" (*ibid.*, p. 20).

⁶⁰ Soeteman, *op. cit.*, pp. 241ss. La decisión será racional (o "razonable", como dice Soeteman) cuando el juez justifica suficientemente sus elecciones y, además, cuando es posible justificar el fallo como consecuencia deductiva de las premisas que resultan de aquellas elecciones (*ibid.*, p. 258).

consideraciones normativas y desarrollar reglas de la decisión racional⁶¹. Y acaban mostrando sus simpatías con los planteamientos que a ese respecto proponen las teorías consensualistas de la justicia, tan emparentadas con la teoría de la argumentación⁶².

Vemos como el acercamiento se ha producido desde los dos bandos, pues tanto los cultivadores de la teoría de la argumentación aceptan el papel importante de la lógica, como los “lógicos” reconocen el legítimo e inevitable lugar que queda a la argumentación.

En suma, lo mismo desde la lógica jurídica que desde la teoría de la argumentación se asume de modo cada vez más pacífico que el razonamiento jurídico decisorio tiene una estructura deductiva, o que así debe ser si se pretende racionalidad, y que tal cosa no quiere en absoluto decir que el juez no haga más que deducciones⁶³. Simplemente se quiere expresar algo que cualquier tribunal de casación afirma constantemente: que si el fallo no es congruente con la consecuencia que se establece en la norma seleccionada e interpretada o con los hechos que se han considerado probados, dicho fallo es inadmisibile. ¿Y por qué iba a ser inadmisibile si no es por vulnerar una regla lógica, por no seguirse, deducirse, de las premisas? Y más aún, es la lógica y no otra cosa lo que ayudará a detectar aquel fallo que no se siga de premisas suficientes o suficientemente explicitadas. Mucho crítico de la relevancia (modesta, pero existente) de la lógica para el razonamiento jurídico es como aquel personaje de Molière que descubre que usa la gramática sin saber que la sabía.

1.1.2. A la razón lo que es de la razón. ¿Pero qué razón?

Otra importante dicotomía que las teorías de la argumentación jurídica en buena medida superan es la que se da, en materia de razón práctica aplicada a la decisión jurídica, entre irracionalistas y los que podríamos llamar, si se permite la expresión, racionalistas elementales.

Como ya se indicó anteriormente, hoy nadie discutiría con seriedad que la aplicación del derecho que lleva a cabo el juez está determinada en sus contenidos por una amplia serie de valoraciones, de opciones decisorias de las que la decisión final o fallo depende enteramente. El juez elige la norma aplicable al caso, la interpreta de un modo u otro, opta por aplicar la consecuencia jurídica respectiva en un grado u otro, selecciona los hechos relevantes del caso, los considera probados o no, etc⁶⁴. En cada uno de esos pasos el juez valora, con mayor o menor margen de libertad según las circunstancias, pero valora siempre. Por tanto, el fallo es el resultado (que además ha de ser lógicamente correcto, pero una cosa no quita la otra en absoluto) de esa larga cadena de razonamientos valorativos. Y la cuestión es: ¿existen parámetros mínimamente objetivos con los que medir la racionalidad de tales juicios de valor, de tales valoraciones? Si no hay tales parámetros objetivos, de la corrección o incorrección de un fallo judicial podremos tener opinión personal, en función de nuestras respectivas creencias, prejuicios, intereses, etc., pero nunca fundamento objetivo para nuestro juicio. En cambio, si tales parámetros existen sí será posible pretender para el juicio sobre la corrección o incorrección de la decisión judicial una al menos mínima objetividad.

⁶¹ H-J. Koch, H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, München, Beck, 1982, pp. 348ss.

⁶² *Ibid.*, pp. 363ss.

⁶³ Como claramente indican Alchourrón y Bulygin, mostrando en esto su acuerdo con MacCormick, “El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular”. Y añaden que “aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es -o más bien puede ser reconstruido como- una inferencia deductiva” (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en, C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303 y 304).

⁶⁴ La más completa y sistemática exposición de todos esos pasos, del tipo de razonamiento que suponen y de los problemas que plantean puede verse en J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992 (edición de Z. Bankowski y N. MacCormick), pp. 75ss.

Los dos polos teóricos a este respecto son bien conocidos. Por un lado irían las doctrinas irracionalistas⁶⁵, propias de quienes son escépticos en materia de razón práctica y sostienen que todo juicio de valor carece de cualquier posible contenido de verdad, es mera opinión, pura subjetividad, simple manifestación de la personalidad o los intereses del que lo emite, que podrá perseguir con su juicio determinar el comportamiento ajeno, dar salida a sus emociones o configurar el mundo a su medida. Es el modo de ver de un positivismo filosófico que, en manifestaciones diversas y con diferencias importantes, ha tenido en el pensamiento jurídico tan ilustres representantes como Kelsen, los realistas escandinavos o los realistas americanos, por mencionar sólo a los que ya son clásicos.

En el otro polo de la escala se ubica toda una amalgama de autores que mantienen que sí cabe un acceso a la verdad o la justicia en materia decisoria y que sí existen, por tanto, referencias fiables para que el juez pueda conocer qué decisión es la correcta para cada caso. Obviamente ahí se sitúa gran parte de la tradición iusnaturalista, con su confianza en que en nuestra misma naturaleza está grabado (a veces a fuego) un patrón de justicia que es posible conocer a cualquiera que simplemente quiera de buena fe ser congruente con su propia naturaleza y la de sus congéneres. Y eso cuando no se parte, sin más, de elevar a norma jurídica suprema, de modo confeso o soterrado, los patrones normativos de una determinada fe religiosa. Poco hay que añadir a tanta crítica como ya se ha vertido sobre este pensamiento jurídico que condena al juez o teórico no “creyente” a la condición de ciego e ignorante (además de pecador), sin explicarnos el misterio de que lo que es de naturaleza común no sea por igual conocido por todos, ni siquiera por todos los que profesan la fe iusnaturalista. Pero también estarían en este polo autores que, sin adscribirse a un iusnaturalismo propiamente dicho, confían en la posibilidad de un conocimiento objetivo de los valores, ya sea por la vía de la intuición o de la reflexión. E igualmente quienes se remiten a la virtud de la “prudencia” para confiar en que el juez está habilitado por su oficio para acertar a hallar la justicia del caso concreto y restablecer el equilibrio que cada circunstancia exige, con lo que su subjetividad no es arbitrio libre, sino sensibilidad que lleva a la verdad y la justicia del caso, ya sea a imitación de Salomón o del pretor romano.

Pues bien, las teorías de la argumentación actuales se sitúan mayoritariamente en un terreno intermedio entre estos dos polos. Su punto de partida es el intento de superar el escepticismo irracionalista, pero se detienen antes de llegar a afirmar una teoría material de los valores, unos contenidos objetivos de justicia que, en su validez material, operen como referente de la racionalidad de las decisiones prácticas, y en particular de las del juez. Y su propuesta es una teoría de la racionalidad práctica que se puede sintetizar en las notas de carácter dialógico, consensualista y procedimental, lo que se traduce en la tesis de que una decisión valorativa será racional no en función de sus contenidos materiales, sino en función de cómo se hayan sentado dichos contenidos, sean cuales sean. Veamos muy sucintamente aquellas tres notas.

Las teorías de la argumentación jurídica parten, y en esto el gran precursor fue Perelman, de que el criterio de lo justo o lo bueno no se puede encontrar mediante la mera reflexión individual, en el diálogo del sujeto con su conciencia moral, sino por la vía del debate intersubjetivo, del intercambio de puntos de vista, de argumentos, de razones, entre los sujetos. El diálogo intersubjetivo constituye el único camino para la construcción de tales patrones de la correcta decisión práctica. De ahí el carácter dialógico de estas doctrinas. Sin argumentación no habría racionalidad posible en estos ámbitos. El fin que da sentido y razón de ser a ese diálogo es la búsqueda de un acuerdo sobre la cuestión práctica en disputa, y la solución correcta que se busca será precisamente aquella que acabe gozando de consenso. Ahora bien, no cualquier consenso intersubjetivo puede elevarse a pauta de lo correcto, pues es obvio que el acuerdo puede ser también resultado de la manipulación, la coacción, la desinformación, etc. De ahí que el consenso que cuenta sea el consenso racional, y éste será el que se alcance en un proceso argumentativo, dialógico, regido por ciertas reglas que aseguren la mayor medida posible de equilibrio argumentativo entre las partes: que todos los argumentantes reales o

⁶⁵ Usamos esta expresión de modo similar a como lo hace R. Dreier, “Irrationalismus in der Rechtswissenschaft”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 8, 1985, pp. 179ss.

potenciales tengan igual derecho a alegar sus argumentos, que los argumentos de todos merezcan la misma consideración y respeto, que ningún argumentante se halle en situación de menor libertad argumentativa y que ninguno sea objeto de coacción o manipulación. Aquí se deja ver el carácter procedimental de estas teorías, ya que ese acuerdo en el que cifran la racionalidad práctica sólo será válido a tal fin cuando se haya alcanzado de conformidad con esas reglas argumentativas, que son reglas procesales, que establecen el cómo del intercambio argumentativo, las reglas formales a las que ha de someterse. Cualquier cosa que con respeto a esas reglas se acuerde será racionalmente válida y, por tanto, esta idea de la racionalidad práctica no es material, no predetermina contenido, sino puramente procesal.

Las que podemos llamar doctrinas standard de la argumentación jurídica se diferencian de modo importante según el tipo de fundamento que otorguen a las reglas de la argumentación racional. Están desde quienes, como Alexy, las dotan de un fundamento de tipo universalista, en estrecha sintonía con la ética discursiva de Habermas, hasta quienes, como Aarnio, no pretenden establecer reglas de racionalidad universalmente válidas, sino válidas y justificadas sólo en un determinado horizonte cultural y a tenor de los presupuestos y asunciones del mismo, en un determinado mundo de la vida. Pero en todo caso se está propugnando un parámetro de racionalidad que se considera fundamentado para el razonamiento jurídico práctico aquí y ahora, como mínimo.

Y en razón de esa importante coincidencia queda sentado también otro elemento relevante, como es la convicción de que el razonamiento práctico-jurídico se realiza siempre sobre un trasfondo de normas práctico-morales, en el seno de una determinada ética vivida colectivamente, con independencia de que se piense que quepa o no someter dicho trasfondo valorativo de todo razonamiento práctico al test de una racionalidad universal. Por esta vía se torna atacable cualquier pretensión de presentar el razonamiento jurídico como independiente y desvinculado de toda referencia social y cultural y se fundamenta también la inevitable historicidad de sus contenidos.

La visión de la racionalidad jurídica que brevemente acabamos de reflejar ha provisto de un sólido fundamento a una idea que se encuentra muy fuertemente extendida en el pensamiento jurídico actual sobre estas materias, la idea de que el elemento clave de la decisión jurídica racional no es el qué, su contenido en sí mismo considerado, sino el cómo se justifique mediante razones. Traducido al juicio de racionalidad de la decisión judicial, esto significa que se presume irracional la sentencia cuyo fallo no se halle suficientemente motivado, justificado mediante los oportunos argumentos normativos, valorativos y fácticos. El derecho ha dejado de ser contemplado como una realidad en sí misma racional y cuya racionalidad se expande a la solución de los casos, por intermedio del juez. Por muy perfecto que sea un sistema jurídico, nunca va a ser alcanzable aquel ideal de coherencia, plenitud y determinación en que confiaba el formalismo metodológico, y por esa razón la labor de decisión judicial ya no es equiparable a una labor de puro conocimiento objetivo, sino que encaja de lleno en el ámbito de la razón práctica, pues se trata de valorar y optar entre cursos de acción alternativos. Por eso el centro de la mirada va a dirigirse al modo como dichas opciones se motiven, se argumenten.

Es más, si lo que importa para el juicio de racionalidad son los argumentos expuestos, las motivaciones, pierden importancia a estos efectos los motivos del juez. No importa cuál sea el motivo personal que lleve al juez a tomar una determinada postura, sino la manera como esa postura aparezca justificada hacia el correspondiente auditorio social, lo cual, por lo demás y a diferencia de los datos psicológicos de los motivos, es el único elemento cognoscible con certeza. De ahí que sea habitual en los teóricos de la argumentación jurídica la puntualización de que sus análisis no se ubican en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación. Gran parte del irracionalismo metodológico pierde así su mejor apoyatura⁶⁶.

⁶⁶ Véase M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 22ss. Para un planteamiento crítico sobre el sentido de aplicar a la decisión judicial el esquema de contexto de descubrimiento y contexto de justificación puede verse T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 105ss., especialmente pp. 135ss.

1.2. ¿Qué racionalidad y qué argumentación para el juez?

La lectura de la mayor parte de las obras principales de teoría de la argumentación jurídica, con la de Alexy a la cabeza, deja una cierta sensación de perplejidad, derivada de lo siguiente. El centro de su preocupación es, como llevamos dicho, la racionalidad de la decisión jurídica, y paradigmáticamente de la decisión judicial. Sin embargo, si nos preguntamos por la utilidad práctica y real para el trabajo del juez, si planteamos cómo debería proceder un juez que quisiera respetar y aplicar las reglas de la argumentación racional, algunas dudas parecen inevitables. Ciertamente estas teorías podrían tener una gran utilidad para fundamentar las reglas del derecho procesal propias del derecho moderno y, en particular, del Estado de Derecho. Es fácil ver un proceso judicial como un debate entre al menos dos partes, partes que argumentan ante un tercero imparcial y que lo hacen bajo unas normas (de derecho procesal) que quieren garantizar ese equilibrio e igualdad que la teoría de la argumentación propugna⁶⁷. Lo curioso, sin embargo, es preguntarse por el modo como puede ser argumentativamente correcta, racional en este sentido, la sentencia de ese tercero que es el juez, más allá de la mencionada exigencia de que ha de esforzarse en dar de sus opciones las más y las mejores razones. Reparemos en que el consensualismo del que participan los teóricos de la argumentación indica que una norma o mandato será racional cuando pueda alcanzar, bajo ciertas circunstancias ideales, o al menos favorables, el consenso de todos los interesados. Si la sentencia es una norma o mandato, resulta bastante quimérico pensar que tenga que ser la culminación consensual de un conflicto que ha llegado a hacer necesaria la sentencia precisamente por la ausencia de acuerdo. Y si creemos que la razón por la que el juez ha de argumentar de modo tan exigente es para persuadir a las partes de que acepten la sentencia sin recurrirla o a los tribunales superiores para que no la casen, el asunto se nos desliza por el terreno de la retórica y de prácticas de difícil encaje en los parámetros de la racionalidad, pues ahí habría que hablar más de eficacia de la argumentación judicial que de su racionalidad. Y más desenfocado aún parece que se le esté implícitamente exigiendo al juez que realice encuestas de opinión o que lleve a cabo en solitario el experimento mental de preguntarse qué acordarían todos los miembros de la sociedad como resolución justa del conflicto. Máxime cuando el principio de legalidad impide que la solución se busque en términos de pura justicia, ya que han de respetarse los límites que impone la legalidad establecida. En suma y en términos más simples, la pregunta sería qué debe hacer un juez que quiera ser respetuoso con las pautas de racionalidad marcadas por la teoría de la argumentación (y que quiera ser considerado también con el sistema de normas jurídicas), además, por supuesto, de argumentar con honestidad.

La conciencia de este problema ha provocado uno de los más interesantes debates actuales entre los teóricos de la argumentación jurídica, llevando a posturas contrapuestas a autores que hasta no hace mucho compartían los puntos de vista, como pueda ser el caso de Alexy y Habermas.

Los planteamientos de Alexy han sido fuertemente cuestionados por Klaus Günther y Habermas como insuficientes para dar cuenta de la índole de la labor judicial. Tratemos de resumir su postura. La construcción teórica de Alexy sería muy adecuada como respuesta al problema de la racionalidad de la decisión legislativa. Proyectadas sobre la actividad del legislador, las reglas de la argumentación racional de Alexy ofrecerían un buen criterio para determinar cuándo la decisión legislativa es legítima y racional, por constituir el resultado de un proceso discursivo abierto a la participación general, respetuoso con los derechos argumentativos de todos y reflejo de un acuerdo que, en razón de la imparcialidad que las reglas del discurso garantizan y las constituciones democráticas institucionalizan, es manifestación de un interés general, expresado precisamente en la norma general que el legislativo dicta. Por tanto, la teoría de la argumentación de Alexy serviría para responder a la cuestión de la racionalidad y legitimidad de la norma legal. Estaríamos ante lo que Günther y Habermas llaman el discurso de fundamentación de las normas. La norma que emana de una adecuada actividad discursiva sería la norma racionalmente válida.

Pero al juez las normas válidas le vienen dadas por el sistema en que se inserta. Y si dicho sistema es el del Estado de Derecho, regido por una Constitución que institucionaliza los procedimientos democráticos y demás cauces aseguradores de los derechos personales, procesales y

⁶⁷ Cfr. G. Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, trad. de M. Jiménez Redondo, p. 307.

participativos de los ciudadanos, el juez no está legitimado para cuestionar los contenidos de tales normas y tiene, como los ciudadanos, un deber racional de obediencia a esas normas legítimas. ¿Significa esto que se vuelve a un modelo de juez autómatas que ni valora ni crea derecho? Nada más lejos de la realidad. El juez es quien da sus perfiles precisos a las normas legales, traduciéndolas de generales y abstractas a normas aplicables a los casos. Pero los problemas no se los plantean las normas en sí mismas (siempre y cuando, repetimos, que se trate de normas legítimas, avaladas por un discurso de fundamentación racional), sino lo que, en términos clásicos, es la subsunción del caso bajo la norma. Las normas generales y abstractas que el legislador crea no pueden ser sino bocetos de la regulación efectiva de los particulares conflictos, el legislador no puede prever una solución precisa para cada particular caso con sus especiales detalles. Y de ahí que la esencia del trabajo judicial consista en determinar si un caso particular, con esos sus concretos perfiles, encaja o no bajo una norma u otra y qué concretas consecuencias se pueden extraer para el caso de la norma que se estime aplicable. Por tanto, la argumentación del juez, su discurso que se quiera racional, no versará sobre la norma en sí misma y su valor o aptitud en general, sino sobre la *adecuación (Angemessenheit)*, en terminología que Günther toma de Dworkin, para resolver un caso. Y esto quiere decir que el centro de las consideraciones se hallará en los pormenores y circunstancias del caso. No estaríamos, por tanto, ante el discurso de fundamentación de normas, sino ante el *discurso de aplicación*. Es la búsqueda de la justicia del caso concreto la que guía el trabajo del juez que quiera decidir racionalmente, si bien esa búsqueda no opera al margen o en contra de las normas legales, sino perfilándolas y precisándolas desde el caso⁶⁸.

Esa compatibilidad entre discurso de aplicación y búsqueda de la solución adecuada o justa par el caso concreto, por un lado, y respeto a los mandatos del legislador legítimo, por otro, la consideran Günther y Habermas posible sobre la base de su idea de las normas jurídicas legales. Que las normas legales sólo puedan aludir a casos genéricos que constituyen su supuesto, supone que el legislador no tiene la posibilidad de determinar qué casos concretos encajen y cuáles no bajo esa genericidad del supuesto. Esa es la tarea del juez. Y al decidir el encaje de cada supuesto bajo una norma u otra el juez está añadiendo, por así decir, un trazo a la norma, la está precisando, ciertamente para y desde un caso concreto, pero con un propósito de mantener idéntico criterio para cualquier caso futuro igual⁶⁹. En resumidas cuentas, el centro de la argumentación en que consiste el discurso de aplicación que el juez lleva a cabo ha de situarse en la justificación de su valoración de las circunstancias y detalles del caso y, a partir de ahí, proyectarse en la selección de la norma y su interpretación. No se tratará ya de convencer a un auditorio de que se aplica una buena norma (a la norma legítima la bondad se le presupone), sino de que se aplica y se aplica del mejor modo la norma que hace mejor justicia al caso⁷⁰.

⁶⁸ En palabras de Günther, “el establecimiento de normas jurídicas debe estar institucionalizado en un procedimiento que se corresponda con las reglas del discurso práctico, de modo que puedan hacerse valer los intereses de cada uno. La aplicación de normas debe estar institucionalizada en procesos que posibiliten la toma en consideración de todas las especiales notas de una situación” (K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1988, p. 337). Más detalladamente: “Para la fundamentación sólo es relevante la norma misma, independientemente de su aplicación en una situación concreta. Se trata de si es del interés de todos que cada uno siga la regla. El que una norma acoja o no los intereses comunes de todos no depende de su misma aplicación, sino de las razones que podamos aportar respecto de que todos deberían seguirla como regla. Para la aplicación, en cambio, lo relevante es la particular situación, independientemente de si también es del interés de todos un seguimiento general. Se trata de si y cómo debería seguirse una regla en una situación y a la vista de todas las especiales circunstancias. En la aplicación la pretensión de la norma de ser seguida por todos en cada situación (es decir, como una regla), debe contemplarse desde la concreta situación y confrontarse con todas las peculiaridades de esa especial situación. El tema no es la validez de la norma para cada uno y sus intereses, sino la adecuación respecto de todas las peculiaridades de una situación particular” (*ibid.*, pp. 55-56).

⁶⁹ El juez que resolviera de modo divergente y sin justificación adecuada casos idénticos estaría obrando arbitrariamente, irracionalmente, mostrando que sus razones no se pretendían universalizables. Véase al respecto, K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 65ss.

⁷⁰ Una curiosa y sorprendente secuela de estos planteamientos es que en el ordenamiento jurídico dejarían de tener existencia real las antinomias. Cuando a un mismo caso le son *prima facie* aplicables dos normas que llevan a consecuencias jurídicas contradictorias el juez estaría ante un caso más de la necesidad de seleccionar la norma aplicable, y las peculiaridades del caso le llevarían a elegir la que mejor se adecue a él. Pero con eso no estaría realmente optando por dos normas igualmente

Esta doctrina nos conduce a una cierta insatisfacción por lo inconcreta. Parece certero⁶⁹ su diagnóstico de la insuficiencia de las propuestas de Alexy para el juez, pero deja abiertas tantas o más dudas. Por mucho que se diga que el discurso del juez tiene su especificidad propia y por mucho que el centro de gravedad se traslade de la argumentación sobre las normas a la argumentación sobre el caso, lo cual suena cuando menos admisible, subsiste la duda acerca de con qué criterios podemos, si es que se sigue pensando que se puede, medir la racionalidad de las valoraciones y argumentos del juez sobre el caso, más allá de ese tan simple y elemental mandato de que el juez se esmere en hacer explícitas sus apreciaciones y valoraciones. En la propuesta de Alexy hay muchas reglas, pero que se aplican con dificultad a la decisión judicial. En Günther y Habermas hay una más precisa descripción de las peculiaridades de esas decisiones, pero se echan de menos las reglas⁷¹. Y el hecho de que el inspirador de Günther y Habermas sea Dworkin no es precisamente tranquilizador para quien busque una teoría articulada, coherente y practicable de la decisión judicial.

Alexy ha respondido a estos cuestionamientos. Su réplica podemos resumirla del siguiente modo. En primer lugar explica, sobre la base del mismo ejemplo manejado por Günther, que cuando dos normas colisionan, por ser aplicables al mismo caso con consecuencias contrapuestas, y a la luz de la concreta situación se declara aplicable una sola, lo que se está haciendo es añadir una excepción al enunciado general de la norma no aplicable⁷². Con ello la norma inicialmente fundamentada en el discurso de aplicación se habría modificado y, por tanto, si se pretende válida es necesario un nuevo discurso de fundamentación, no bastando el de aplicación, es decir, la pura consideración para el caso concreto⁷³. En segundo lugar, no sería cierto que, como dice Günther, en el discurso de fundamentación se manejen sólo casos genéricos o típicos, pues los argumentantes en ese discurso, que es el legislativo, poseen el saber que les da la experiencia y la posibilidad de imaginarse todo tipo de casos. Sí sería verdad que siempre pueden surgir situaciones imprevistas e imprevisibles cuando la norma se creó, pero si la respuesta que la nueva situación exige es una modificación de la norma, el discurso de fundamentación se haría inevitable y no basta limitarse a un discurso de aplicación que atienda a la justicia sólo para el caso⁷⁴.

Esta réplica de Alexy suena convincente frente a la sospecha de casuismo que nos asalta ante la otra postura, pero deja abierta nuevas y aún más importantes dudas, pues cabe de inmediato preguntarse cómo se desarrollaría o, más aún, cómo se podría institucionalizar un tal discurso de

aplicables, sino tomando la única que realmente se le aplica racionalmente y, con ello, deshaciendo la aparente antinomia al añadirle a una de las normas el correspondiente matiz, precisión o excepción que el legislador, por las razones que ya hemos mencionado, no pudo apuntar por razón de la inevitable abstracción de sus términos. Como dice Günther, "en cada situación hay *varias* normas *válidas* aplicables prima facie, pero sólo *una* norma *adecuada*" (K. Günther, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa*, 17-18, 1995, p. 285).

En relación con esto se sitúa también la acogida que Habermas y Günther dan a la tesis de la única respuesta correcta. Sobre todo ello véase K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 299ss; G. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 287ss.

Para observar estos planteamientos a la luz de un ejemplo es muy útil consultar el trabajo de K. Günther, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", cit., pp. 279ss.

⁷¹ Para Günther y Habermas las reglas discursivas llevan en el discurso de aplicación a la necesidad de ponderación conjunta e imparcial de normas, por un lado, y de las circunstancias de la situación, por otro, con reglas tales como que no puede dejar de ser tomada en consideración ninguna norma que pueda venir al caso, o que tiene la carga de la argumentación quien proponga una aplicación nueva y distinta de una norma. Tales reglas tendrían la finalidad de garantizar la imparcialidad en el discurso aplicativo.

⁷² Esto es, si una norma dice que si se da *h* se debe hacer *x* y otra norma dice que si se da *j* se debe hacer *y*, se dan simultáneamente *h* y *j* y *x* e *y* son incompatibles, y se decide a la luz del caso que predomina la obligación de hacer *y*, esto equivaldría a reformular la norma primera del siguiente modo: si se da *h* se debe hacer *x*, salvo que se da *j*.

⁷³ R. Alexy, "Normbegründung und Normanwendung", en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1995, pp. 63ss.

⁷⁴ "La norma que a la vista de un caso se precisa, se cambia o se crea como nueva debe ser susceptible de justificación en un discurso de fundamentación, y la norma que se rechaza debe poder acreditarse como no fundamentada" (*ibid.*, p. 69).

fundamentación, que tendría que ser llevado al cabo por el juez que precisa o reemplaza la norma que ha perdido su fundamento ante las nuevas circunstancias. Alexy tiene razón cuando señala que la idea del discurso de aplicación, que impone tomar en consideración todos los puntos de vista y circunstancias, es “vacía”, pues no señala cuáles serían esos puntos de vista merecedores de consideración, y además es equívoca, pues puede servir de tapadera para una praxis decisoria no universalista, es decir, puramente casuística, por lo que concluye que el concepto de “adecuación” es “demasiado indeterminado para poder solucionar el problema de la decisión jurídica racional”⁷⁵. Ahora bien, esa misma objeción se puede volver contra el propio Alexy, pues igualmente podemos preguntarnos qué pautas rigen el discurso racional del juez, máxime cuando tiene que llevar a cabo un discurso de fundamentación. La salida de Alexy consiste en reiterar su tesis de que el discurso jurídico de aplicación del derecho es un “caso especial” del discurso práctico general⁷⁶, donde rigen las reglas de racionalidad de éste, unidas a especiales reglas que operan en la praxis jurídica y obligan a dar primacía a determinados argumentos institucionales. Pero la pregunta queda en pie: ¿cómo puede hacer eso el juez?

2. Hacia una más completa y precisa teoría de la argumentación jurídica

Hasta aquí hemos querido presentar un balance, necesariamente superficial e incompleto, de lo que son algunos logros de la teoría de la argumentación jurídica, y también de sus carencias en cuanto teoría de la decisión judicial racional. La teoría de la argumentación jurídica cobra su mayor altura y profundidad en lo que podríamos llamar la dimensión filosófica general de la razón práctica, pero adolece de graves imprecisiones y de escaso desarrollo como instrumento de análisis de las decisiones judiciales concretas. El ideal que siempre está en el trasfondo es el de lograr una teoría normativa de la argumentación judicial que posea riqueza analítica y conceptual suficiente, por un lado, y pautas suficientemente claras, por otro, como para servir de instrumento verdaderamente útil para el análisis crítico de las sentencias judiciales. En mi opinión, la discusión de los fundamentos, sin duda imprescindible, ha acabado por bloquear la construcción de semejante instrumental analítico y crítico. La conclusión que ahora, para terminar, podríamos sacar es, en lo positivo, que ha realizado aportaciones de mérito en el plano de los fundamentos generales, superando esquemas simplistas y contraposiciones artificiosas. Pero en el fondo parece inevitable aludir a su aún escasa utilidad analítica y práctica. Con esto queremos decir que es todavía muy escaso el instrumental que desde esta corriente se ha elaborado para que se pueda, con él, proceder a una descripción rigurosa de los requisitos argumentativos de los distintos métodos o argumentos que en las sentencias judiciales se utilizan⁷⁷. En otros términos, la teoría de la argumentación, sin renunciar a su concepto de racionalidad, debería dar el paso hacia una teoría de los argumentos.

No se debe desconocer que ha habido avances interesantes, aunque fragmentarios, que contribuyen a poner las bases para ese análisis que propugnamos. Pensemos en los siguientes:

- Se ha conseguido desterrar de la mejor teoría el esquema simplista del llamado silogismo judicial. Que el razonamiento decisorio, en su explicitación, ha de tener y tiene, si se quiere racional, una estructura deductiva, no significa que se pueda operar con un esquema elemental de dos premisas. El proceso argumentativo y de razonamiento es mucho más complejo. Tanto la premisa normativa como fáctica son, a su vez, el resultado de sendos (sub)razonamientos que se estructuran también de

⁷⁵ R. Alexy, “Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., p. 171.

⁷⁶ Vid. *Ibid.*, pp. 172ss.

⁷⁷ Esta carencia se dejaba ya sentir en la obra primera de Alexy. Véase R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, pp. 226ss. Entre las aportaciones más importantes sobre este particular, si bien con planteamiento predominantemente descriptivo de la praxis judicial, puede verse D.N. McCormick, R.S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes*, Aldershot, etc., 1991; F.J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

modo deductivo o, en ocasiones, inductivo⁷⁸. Esto es especialmente relevante, además, cuando la clave de la racionalidad se pone en la justificación de las valoraciones y sus correspondientes elecciones, pues significa que sólo si se parte de un esquema suficientemente complejo y realista del razonamiento decisorio y sus etapas se tendrá el criterio para poder determinar en qué pasos y afirmaciones se ha de ser especialmente exigente en la justificación argumentativa.

- En esa misma línea, se han sugerido valiosos esquemas para representar e ilustrar el modo en que los argumentos se encadenan en el razonamiento judicial, instrumentos que permiten detectar con mayor facilidad las fallas o deficiencias que puedan existir en tales encadenamientos y constatar también del modo más gráfico los puntos en los cuales el juez toma partido por una u otra línea argumental. Traducir el análisis de sentencias a tales esquemas resulta un ejercicio sumamente clarificador y ayuda a hacerse cargo de la complejidad del proceso⁷⁹.

- En el tratamiento de los diversos métodos o argumentos que el juez utiliza para interpretar o integrar la ley se está consiguiendo salir del pseudo-tecnicismo con que estas cuestiones venían siendo tratadas por la metodología jurídica y que hacía pensar que se hablaba de técnicas asépticas e indiscutibles, como caídas del cielo o de una razón jurídica universal que nació con los romanos y no ha cesado de mostrarse. A ese propósito son fundamentales cosas tales como la constatación de que detrás de cada método o argumento consolidado entre los juristas existe un sustrato valorativo⁸⁰, un fundamento en ciertos valores a los que cada método sirve, de modo que la recta utilización de cada uno supone tomar conciencia de ese su trasfondo axiológico. Esto lleva a superar aquel pseudo-tecnicismo, por cuanto que pone de relieve que las opciones metodológicas nunca son “inocentes” y que no se correlacionan solamente, como tantas veces se ha dicho con acierto, con una determinada concepción del derecho, sino también con ideologías jurídico-políticas diversas. La discusión, por ejemplo, entre partidarios de la letra o del “espíritu” de la ley, por mencionar un ejemplo de los más simples, es en el fondo una discusión con muy profundas implicaciones políticas y de modelo de Estado⁸¹.

- También va quedando claro que al hablar de los referidos “métodos” no se está usando una noción teórica neutra, sino que se puede entender por tales cosas bien distintas y que con ello se hace una radiografía diversa de lo que su uso significa y de las exigencias que ha de satisfacer el juez que los utiliza. Para la metodología jurídica de orientación más tradicional, los métodos que en la práctica jurídica se emplean (pensemos, como ejemplo más fácil, en los métodos o “cánones” de la interpretación) son algo similar a instrucciones técnicas o instrucciones de uso, de modo que cuando se siguen esas instrucciones conducen sin más a un resultado correcto y objetivo. En el polo opuesto se sitúan las corrientes irracionalistas, que no ven en tales métodos y cánones otra cosa que artificios retóricos con los que el juez encubre sus verdaderos motivos y las razones que no puede ni quiere confesar. También aquí se detecta un cierto punto medio en los teóricos de la argumentación. Los métodos en cuestión no serían ni una cosa ni otra de las dos mencionadas, serían *argumentos* consolidados en la práctica, generalmente admitidos y utilizados, que se justifican por su correspondiente sustrato valorativo. Ese su sustrato y la práctica de su uso impedirían que cualquier método pueda emplearse de cualquier manera o para cualquier cosa, además de que explicarían por qué unos métodos se entienden admisibles y otros se considerarían de todo punto rechazables. Pero tampoco la utilización de uno de esos métodos acreditados es, sin más, garantía de solución correcta e indubitada. Esos métodos son argumentos que, recta y coherentemente utilizados, conducen a

⁷⁸ Como dicen Koch y Rüssmann, “todas las premisas necesitan, a su vez, una justificación y ésta ha de desarrollarse en los correspondientes subrazonamientos (*Nebenschemata*)” (*op.cit.*, p. 118).

⁷⁹ Piénsese, como ejemplo de esto, en las aportaciones de Manuel Atienza. Véase M. Atienza, *Las razones del derecho*, cit., pp. 235ss; *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 69ss. Desde otra perspectiva, interesante también, J.C. Hage, *Reasoning with Rules*, Dordrecht, Kluwer, 1997, especialmente pp. 78ss.

⁸⁰ Véase, por ejemplo, R. Alexy, “Juristische Interpretation”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 84ss.; F. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, Giappichelli, 1999, pp. 494ss.

⁸¹ Sobre esto último, cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 275ss.

soluciones admisibles o correctas *prima facie*. Esto quiere decir varias cosas. En primer lugar, que no basta echar mano de un método determinado de los que se admiten, sino que es necesario argumentar también por qué la preferencia por ese método y no por otro de los que, también admitidos, pudieran llevar a una solución distinta. La utilización pertinente de un método conlleva una presunción favorable en cuanto a la corrección de la correspondiente decisión, pero no una garantía total de ausencia de arbitrariedad o de deficiente justificación. Y, en segundo lugar, utilizar racionalmente uno de esos métodos o argumentos implica argumentarlo, acreditar argumentativamente cada uno de los pasos, de modo que nunca puede bastar su mera mención, su simple invocación.

¿Cómo debería abordarse la teoría de los argumentos jurídicos que echamos en falta? Aquí sólo podemos hacer unas muy elementales consideraciones sobre los principios generales de su diseño.

Ante todo, es perentorio forjar un instrumental conceptual y analítico más complejo y completo que el habitual y que sirva para dar cuenta adecuada de los distintos fenómenos y momentos que acontecen en el razonamiento jurídico de aplicación del derecho⁸². Sobre esa base, el siguiente paso tendrá que ser superar las etiquetas genéricas con que se habla de métodos o argumentos de la interpretación y aplicación del derecho, a fin de, por un lado, diferenciar convenientemente entre las distintas funciones y el diferente modo de operar de los mismos, y, por otro lado, realizar un estudio preciso y minucioso de la estructura, condiciones de uso y exigencias argumentativas de cada uno de tales argumentos.

Cuando hablamos de los métodos o argumentos habituales y admitidos como guía de la decisión judicial, se suele caer en los defectos comunes de la metodología clásica, pues no se distingue suficientemente el distinto papel que cada uno cumple. Es de la mayor importancia que se comience por diferenciar de modo claro qué métodos o argumentos cumplen un papel propiamente interpretativo y cuáles sirven a la creación de normas nuevas, y esto implica partir de un concepto de interpretación suficientemente preciso y ajustado, lo cual no es precisamente frecuente en numerosos tratadistas actuales.

En segundo lugar, no se puede perder de vista que cualquier intento de establecer una jerarquía u orden estricto y fundamentado de preferencia entre los distintos argumentos, para el caso en que compitan, implica una toma de postura jurídico-política de la mayor importancia, sin la cual toda propuesta teórica se termina difuminando en una mera enumeración de argumentos que no puede evitar hacer importantes concesiones a la dimensión puramente retórica de la argumentación jurídica. Ciertamente los teóricos de la argumentación han propuesto tales jerarquizaciones de los argumentos, pero a menudo el propio planteamiento “argumentativo” conduce a una considerable oscuridad, pues es común que se entienda que la preferencia de un tipo de argumentos es una preferencia *prima facie*⁸³, es decir, en tanto no existan buenos argumentos para alterarla. Si no se despliega una exigente explicación de cómo puede acontecer de modo justificado tal alteración argumentativa del orden de preferencias o una lista bien articulada de la índole de tales excepciones, cunde la sensación de que las valoraciones en juego acaban careciendo de control.

En tercer lugar, conviene realizar un estudio pormenorizado del modo en que opera cada argumento, atendiendo sobre todo a los elementos de cada uno que presuponen juicios necesitados de un más estricto fundamento argumentativo. El valor justificatorio de un argumento de los que estamos hablando no puede consistir en su mera mención, sino en su uso acorde con exigencias argumentativas máximas.

En cuarto lugar, es necesario operar con una clasificación de tales métodos o argumentos suficientemente rica como para dar cuenta de la distinta función que cada uno cumple. Es frecuente, por ejemplo, hablar de los argumentos o métodos interpretativos tratándolos como si todos ellos contribuyeran de la misma forma a sentar positivamente un significado de la disposición que se

⁸² A este propósito ha habido muy interesantes propuestas recientes, aunque no siempre provenientes de partidarios de la teoría de la argumentación, como son las obras de Hernández Marín y E. Dicciotti. Véase R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999; E. Dicciotti, op.cit.

⁸³ Véase R. Alexy, “Juristische Interpretation”, cit., pp. 89-91.

interpreta. Sin embargo, no todos funcionan de la misma manera. Por ejemplo, mientras unos aportan referencias o criterios para afirmar un determinado significado, otros desempeñan una función meramente negativa, descartando significados de los que con los otros argumentos se proponen.

Podría continuarse con la enumeración de tareas pendientes. Pero basta lo dicho para sugerir que resultaría atrevido pensar que la teoría de la argumentación jurídica constituye un cuerpo doctrinal acabado y definitivo. Más bien queda casi todo por hacer. Y, si no se hace, dentro de unas décadas sólo quedará el recuerdo de una doctrina sugerente pero que no fue más que una moda pasajera.

1. ¿Qué es interpretar?

El manejo del derecho tiene una de sus labores cruciales en la llamada interpretación jurídica. Que el derecho tenga que ser objeto de interpretación supone que hay un “algo”, una materia prima, que no habla por sí mismo, o no lo hace con perfecta claridad y precisión, de modo que entre esa materia prima que se supone que encierra cierto mensaje y los destinatarios de ese mensaje, sean quienes sean, se hace necesaria esa labor llamada interpretación y que llevan a cabo los intérpretes. La interpretación, por tanto, es la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del derecho. La interpretación del derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso *sentido* de ese “algo” de que el derecho se compone. El resultado de tal actividad es ese “algo” en cuanto precisado y aclarado.

La materia prima del derecho son normas. Esas normas se diferencian de otras (normas morales, reglas del trato social, etc.) mediante ciertos atributos que las especifican como normas jurídicas. Cuáles sean exactamente dichos atributos es la cuestión más debatida en la teoría y filosofía del derecho y constituye el tema central de la teoría de la validez jurídica. Para unas doctrinas dichos atributos son puramente formales y se traducen en el hecho de que las normas en cuestión hayan sido creadas con arreglo a lo establecido por otras normas del mismo conjunto del derecho, conjunto llamado sistema jurídico. Otras doctrinas sitúan el dato esencial en que las normas que sean derecho se imponen efectivamente en la sociedad por el hecho de estar dictadas o aplicadas por ciertos sujetos tenidos socialmente por autoridades o afirmados fácticamente como tales por estar respaldados por el poder y la fuerza. Hay también doctrinas que entienden que lo que convierte a una norma en jurídica es cierta condición material, como su sintonía con la justicia, el derecho natural, el bien común, etc. Y también se dan todo tipo de combinaciones entre esos tres planteamientos básicos. Pero ése no es nuestro tema en este trabajo.

Más allá de las referidas discrepancias iusfilosóficas, en nuestro tiempo y en las sociedades de nuestro ámbito cultural y jurídico-político, existe acuerdo básico en que o bien todo el derecho o bien una parte muy sustancial de él se expresa en textos escritos revestidos de una peculiar publicidad y formalidad: constituciones, leyes, decretos, sentencias, etc. Así pues, una parte central del derecho actual en nuestro ámbito es derecho escrito y su interpretación es, por consiguiente, actividad que de algún modo tiene que ver con textos. A esa interpretación nos vamos a referir, aun cuando no se deba perder de vista que hay tipos de normas carentes de ese carácter textual, como ocurre con el derecho consuetudinario, y que existen incluso constituciones, como la inglesa, que participan de ese carácter consuetudinario y no escrito.

Pero que el derecho del que vamos a hablar, el derecho escrito, se fije en textos, no permite decir, sin más, que la interpretación jurídica sea mero establecimiento del sentido de tales textos, que lo que el intérprete tenga que hacer sea lisa y llanamente limitarse a averiguar el significado de esos textos, en la idea de que esos textos, y no otra cosa, son la materia primera y única del derecho. La pregunta acerca de qué sea lo que el intérprete ha de averiguar se responde de modo distinto según el modo en que se entienda cuál es el componente básico o de fondo de las normas jurídicas, de esas normas con cierto carácter o sello especial (que las convierte en jurídicas) y que se expresan de algún modo en textos, en palabras y enunciados lingüísticos.

Según cómo se conciba ese componente básico o esencia última de las normas jurídicas, la actividad interpretativa revestirá caracteres distintos, lo que llevará a propugnar para ella diferentes métodos o modos de proceder para averiguar el sentido o contenido correcto o verdadero de tales normas. En función de esto, tres son las concepciones básicas de la interpretación, más allá de esa elemental idea común de que interpretar es aclarar o precisar el contenido de las normas jurídicas.

La primera concepción es la propia de la que llamaremos teoría *lingüística* de la interpretación. Para esta teoría la realidad de las normas jurídicas coincide con esa su condición de

enunciados lingüísticos. El derecho, por así decir, es una cosa hecha con palabras y en esas palabras agota su ser. Las palabras en que las normas jurídicas se expresan no son mero vehículo de una realidad no lingüística que está por debajo y alimenta su sentido. Por tanto, la actividad interpretativa es, para esta teoría, desentrañamiento semántico, establecimiento de su significado. Los enunciados legales poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, del mismo modo que cualquier otro enunciado del lenguaje que a diario utilizamos. En consecuencia, la interpretación jurídica no tiene en esto ninguna especificidad y sus especialidades tienen que ver únicamente con el carácter técnico que posee en buena medida la actividad jurídica y con la importancia central que los contenidos del derecho revisten para la organización social.

La segunda concepción la llamaremos *intencionalista*. Para las doctrinas de la interpretación que encajan bajo ese rótulo, los enunciados legales son el cauce a través del que se expresan ciertos contenidos de voluntad o intenciones, que son los que constituyen el componente último del sentido de las normas jurídicas. El texto legal es solamente el vehículo, más o menos fiel o más o menos certero, de esas intenciones. Interpretar es, por tanto, en última instancia, averiguar y poner de relieve el contenido de tal intención, intención que es la del autor, la del creador de la norma, de aquella o aquellas personas que la dictaron. El texto es el punto de partida, la referencia primera y la mejor pista de dicha intención, pero ya no se trata, como para la teoría anterior, de limitarse a aclarar el significado de ese texto, o sea, de poner de relieve lo que el texto quiere decir, sino de conocer lo que el legislador quiso decir al dar a la luz dicho texto. Aquí el objeto de la interpretación es el enunciado legal, pero la materia prima del derecho, desde la que el texto legal adquiere su sentido, es esa intención o contenido de voluntad.

Esta teoría tiene una honda tradición en la teoría de la interpretación jurídica y tuvo una de sus más altas expresiones en la llamada teoría subjetiva de la interpretación⁸⁴. En el debate norteamericano sobre la interpretación constitucional está presente de modo muy destacado en las tesis del llamado “originalismo”, que es la postura de quienes sostienen que la interpretación de la Constitución norteamericana ha de ceñirse a lo que pensaron y quisieron los “padres” de dicha constitución.

Esta concepción obtiene su mejor justificación de la idea de máximo respeto al legislador. Cuando el legislador es tenido por legítimo, sea cual sea la base compartida de tal legitimidad, esa misma razón de legitimidad, que lo convierte en la autoridad admitida para establecer las normas básicas de la organización social, se torna en el mejor argumento para sostener que tales normas se han de entender y aplicar en concordancia con lo que fue su voluntad, y no del modo como quiera verlas cualquier otro individuo o grupo social⁸⁵. A lo largo del siglo XIX el que luego se conoció

⁸⁴ Como explica Schroth, el primero en desarrollar una metodología de la interpretación subjetiva fue Carl Georg von Wächter en su obra *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, de 1835. La polémica en las primeras décadas se va a centrar en el valor interpretativo de los materiales legislativos como indicio del verdadero sentido de la ley, radicado en la intención de su autor. El ataque a la teoría subjetiva y la formulación de la teoría objetiva como alternativa provino particularmente de Binding y Kohler, quienes, en torno a 1885, formulan la famosa idea de que la ley, una vez promulgada, cobra vida propia independiente de la voluntad de su autor, puede ser más inteligente (o menos) que él y tiene su propia voluntad, la *voluntas legis*. Y de ahí provendrá el auge enorme, hasta hoy, del criterio teleológico. Como señala Schroth, en Kohler por ejemplo se ve muy bien cómo la voluntad de la ley no es voluntad en sentido psicológico, sino en sentido teleológico, como orientación orgánica a fines, como objetiva disposición constitutiva de su ontología en términos de “realidad espiritual”. Esto, como también explica Schroth, no hubiera sido posible sin la presuposición implícita de que el derecho es un tipo de realidad al tiempo espiritual y suprapersonal que vive en el “espíritu del pueblo”. Hay una muy compleja y problemática ontología detrás de esa idea de la voluntad de la ley que subyace a la propuesta de interpretación objetiva (sobre todo lo anterior véase U.Schroth, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, págs. 37ss).

La teoría subjetiva renacerá a principios del siglo XX por obra de Bierling y Heck. Bierling convierte en factor interpretativo relevante los motivos que impulsan al legislador y le llevan a preferir ciertos fines; y Heck convierte en referencia central de la interpretación la preferencia que el legislador realiza entre los intereses en pugna en el conflicto que con la ley quiere resolverse.

⁸⁵ Es crucial no perder de vista, y es algo en lo que luego insistiremos, la dimensión política de esta polémica. Esa dimensión se aprecia bien, por ejemplo, cuando De Lora resume así la postura del originalismo en materia de interpretación constitucional: “me parece que la idea básica del originalismo puede resumirse en que la intención(es) o pretensión(es) original(es) que animó a los constituyentes ha de ser primordialmente tenida en cuenta (es vinculante) a la hora de interpretar la misma para de esta forma mitigar los que se consideran, por parte de los autores que han defendido esta alternativa, como

como “mito del legislador racional”, que se traducían en una plena y casi ciega confianza en la omnisciencia del legislador y en su capacidad para percibir los problemas y las necesidades sociales y en sintonizar con el sentir del grupo, prescribiendo lo que sin duda ninguna más convenía a la sociedad, hizo que el criterio de interpretación subjetiva contara prácticamente como pauta interpretativa única de interpretación del Código Civil francés de 1804, el llamado Código de Napoleón, tal como proponía en Francia la Escuela de la Exégesis⁸⁶. El privilegio de la idea de autoridad personal como base de esta concepción del derecho llevó también a que los regímenes totalitarios, como el nazismo, simpatizaran ampliamente con estos planteamientos interpretativos⁸⁷.

muy serios cargos de ilegitimidad contra la institución de la «judicial review»” (P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 49).

Esa indudable dimensión política y de lucha por los criterios dominantes de legitimidad que tiene esta discusión se aprecia muy bien, sin ir más lejos, en los textos de Robert H. Bork, uno de los más férreos defensores del originalismo en Norteamérica. Nos dice que “una vez que la adhesión al significado original se debilita o abandona, un juez, quizá instruido por un teórico revisionista, puede alcanzar cualquier resultado, pues el entendimiento y la voluntad humanos, liberados de las ataduras de la historia y del «sedimento de la historia que es el derecho», puede llegar a cualquier resultado”. Cuando un juez o profesor se libera de la Constitución histórica no hay límite a lo que puede hacer decir a la Constitución (R.H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, The Free Press, 1990, p. 352). La preocupación, ya se ve, se refiere a quienes en nombre de principios, valores, etc. ajenos a los de las intenciones originarias de los constituyentes convierten a la Constitución en algo independiente de aquella voluntad primera y la utilizan así para controlar al legislador, con lo que es un punto de vista valorativo, del juez o del profesor, el que, haciéndose pasar por expresión objetiva de los mandatos constitucionales, ilegítimamente se contraponen y domina a la opción valorativa del legislador. Dice Bork que cuando abandonamos la Constitución históricamente arraigada y pasamos a considerarla como creada por un razonamiento constitucional de tipo abstracto y universalista, surgen graves peligros, como el de que muchos profesores sostienen y muchos jueces creen que el legislador electo y el gobierno no son adecuados para decidir las cuestiones morales que dividen a los ciudadanos, y que, sin embargo, los jueces sí lo son y deben ocupar el sitio de aquéllos (ibid., 352). Desligar las libertades constitucionalmente protegidas de las circunstancias históricas que determinaron tal opción por su protección significaría, según Bork, desvincularlas del pueblo y su voluntad y someterlas a los designios de supuestos especialistas en el pensamiento abstracto cuyos planteamientos raramente coinciden con el sentir del pueblo al que suplantán.

Ahora bien, la pretensión que los originalistas mantienen de ser los más puros guardianes de la pureza democrática, frente a la ilegitimidad de un activismo judicial no democráticamente respaldado y basado en la presunta aprehensión de esencias axiológicas, ha sido a su vez cuestionada precisamente por desentonar con los presupuestos de la democracia. La pregunta al respecto sería por qué los originalistas tratan de sustraer al acuerdo democrático, siempre renovado y en construcción, ya no el mero texto del acuerdo constituyente originario, delimitador de un marco de juego institucional, sino su concreto significado, petrificado en las intenciones originarias de sus autores. Frente a ello la alternativa para muchos autores sería elevar a clave última del sentido constitucional no la voluntad de los padres de la Constitución ni la de la Corte Constitucional, sino el proceso mismo de deliberación democrática y las garantías de que las razones que en la misma operan tengan cierta cualidad formal que las libere de cualquier predominio del elitismo o la impostura (Al respecto véase, por muchos, S. Freeman, “Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution”, en *Philosophy & Public Affairs*, 21-1, 1992, pp. 3ss., especialmente pp. 29ss.).

⁸⁶ “Los códigos de principios del siglo XIX tenían autores identificados, por lo común, grupos de redactores cuya obra era luego promulgada mediante acto legislativo de alguna autoridad. Así, se afirmaba, como cosa notoria, que Napoleón era el autor del *Code Civil*, que, si bien había sido confeccionado por una comisión redactora, sólo adquirió fuerza de ley por voluntad del emperador. Interpretar dicho código, por ende, implicaba hacer explícita la voluntad de ese legislador concreto, un legislador al que paulatinamente se le atribuyeron rasgos casi divinos: una voluntad enteramente racional, en cuanto no podía haber querido cosas contradictorias; una voluntad omnímoda, en cuanto no cabía pensar en situaciones que no hubieran sido previstas o que escaparan a su poder. Por ende, la única interpretación auténtica de tales textos debía reducirse a explicitar la voluntad real del legislador y, dado el carácter racional de la misma, a explayar sus consecuencias lógicas. La escuela exegetica, que prosperó sobre todo en Francia durante el siglo pasado, centró, por ende, el problema de la interpretación decisoria del derecho en la exégesis de la intención del legislador” (R. Vernengo, “Interpretación del Derecho”, en E. Garzón Valdés, F.J. Laporta -eds.-, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 252-253).

⁸⁷ Un par de textos significativos. Decía Karl Larenz en 1934: “Nadie más que el *Führer* puede (...) tomar la decisión última sobre si una determinada regla debe tener validez. Frente a él no se necesita ninguna garantía para el mantenimiento de la justicia, pues él es, en razón de su condición de líder, el guardián de la constitución, lo que aquí significa: de la concreta idea jurídica no escrita de su pueblo. Por tanto, una ley que sea fruto de su voluntad no está sometida a revisión judicial” (Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, p. 34). En España esta doctrina la recogió por ejemplo el procesalista Fenech: “En el Estado totalitario, el sujeto legislador es el Príncipe. Se podría objetar que lo debiera ser el titular de la soberanía, o sea, el Pueblo, ya que, como hemos visto, el Estado totalitario, como tipo ideal, descansa sobre una base

Pero también en los regímenes constitucionales y democráticos actuales la legitimación democrática del legislador constituye un sólido sustento de la pretensión de que ninguna otra voluntad, salvo la suya, tenga preferencia a la hora de guiar la atribución de sentido a las normas jurídicas⁸⁸.

Pero esta teoría intencionalista o subjetiva provoca también problemas que son bien conocidos⁸⁹. El que más a menudo se menciona tiene que ver con los enigmas que plantea la idea de una voluntad colectiva, en los casos en que la norma no proviene de un legislador unipersonal, sino de un órgano colectivo.

Y aun en el caso de que se piense que se puede salvar el mencionado escollo de que puedan existir voluntades colectivas, el siguiente problema estriba en cómo puede conocerse sus contenidos, más allá de lo que en los enunciados legales se expresa. Habrá que echar mano, para ello, de datos, documentos e indicios históricos, con lo que esta concepción de la interpretación tiene que proponer siempre el empleo de métodos auxiliares, como el llamado método histórico, que obtiene argumentos a partir de cosas tales como los debates parlamentarios, los trabajos preparatorios, el histórico estado de cosas en cuyo contexto la norma se dicta, el contenido de las normas anteriores a las que la norma deroga y sustituye, etc. Con ello, esta concepción comparte las dificultades y dilemas que lleva aparejada la interpretación histórica, por lo que le sería de aplicación buena parte de lo que los historiadores debaten sobre el método de su oficio.

Una ulterior dificultad de estas teorías se suscita cuando se trata de la interpretación de normas con una considerable antigüedad, de décadas o, incluso, de siglos. En tales ocasiones, lo que el legislador pensó y quiso puede haber quedado considerablemente desfasado a tenor del sentir de la sociedad presente o de las nuevas situaciones y necesidades. Pensemos que cuando el centenario Código Civil español habla de "moral" y "buenas costumbres"⁹⁰, despertará ideas o representaciones bien distintas en nuestro tiempo de las que pudieron tener en mente sus autores. Y, por seguir con el ejemplo del debate constitucional norteamericano, la intención de los padres de la Constitución de los Estados Unidos de América o de enmiendas como la que establece el principio de igualdad formal, era sin duda bien opuesta a entender que el mandato de igualdad podía amparar la total equiparación jurídica entre blancos y negros o entre mujeres y hombres o, incluso, sustentar medidas de discriminación positiva para negros o mujeres. No en vano las tesis "originalistas" suelen ser defendidas por teóricos de actitud marcadamente conservadora.

democrática (...) SIEGERT estima como fuente suprema el espíritu del Pueblo (...), y como fuente formal su interpretación por el Führer. ««Todo Derecho dimana del Führer»», dice acertadamente FRANK. Las formas de aparición del Derecho son las órdenes de la autoridad (llámense leyes, decretos, órdenes, etc.) y el Derecho consuetudinario. El Estado totalitario conservará la norma general (Ley) y hasta la codificación. Una norma no puede pertenecer al Derecho consuetudinario si va contra la voluntad del Príncipe, que integra auténticamente la comunidad del Pueblo" (Fenech, M., *La posición del Juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, p. 178-179).

⁸⁸ Dentro de la literatura metodológica reciente que propugna esa orientación cabe destacar, por ejemplo, a Looschelders y Roth. Afirman a este propósito que lo que habilita la voluntad del legislador como criterio interpretativo es, entre otras razones, el que la legitimación democrática no es algo que la ley posea por sí misma, sino en cuanto derivada del carácter democrático de su autor. "Dado que una ley recibe su legitimación democrática del órgano legislativo, en caso de que sea necesaria su interpretación lo decisivo en el punto de partida, a la hora de sentar el contenido de la ley, ha de ser también la voluntad del legislador, pues también el contenido de la ley que mediante la interpretación se establece ha de estar democráticamente legitimado. Cuando se trate de establecer la pauta para la aclaración de las dudas sobre el contenido de la ley, ha de tener preferencia frente a cualquier otro aquél que ha dictado la ley y le ha prestado su legitimación democrática. Cualquier otro proceder metodológico desconectaría la determinación del contenido de la ley de la voluntad del legislador y pondría un supuesto «sentido objetivo» de la ley o la mera voluntad del aplicador por encima del telos del legislador". Y concluyen que no se ve por qué razón ha de predominar en la interpretación de la ley la voluntad de quien tiene una menor legitimación democrática (D. Looschelders, W. Roth, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 50).

⁸⁹ Una buena y clara síntesis en J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 223ss.

⁹⁰ Art. 1255: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Art. 1271, párrafo tercero: "Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres".

Y en el marco constitucional el anterior problema se plantea como dificultad para articular la sintonía o compatibilidad entre poder constituyente y soberanía popular. Los autores de la Constitución establecieron unas reglas de juego de la soberanía popular, habilitando a ésta para, dentro de tales reglas, erigirse en guía y fundamento de los contenidos jurídicos en cada momento vigentes. Esto trae consigo dos problemas. Por un lado, el problema de si las propias reglas de juego delimitadas en la Constitución han de ser interpretadas desde los parámetros en cada momento acordes con los valores socialmente imperantes o desde el modo como las entendió y quiso el legislador constitucional. Y, por otro, el de si a la hora de interpretar las normas de la legislación ordinaria ha de prevalecer la voluntad de su respectivo autor o la que mejor concuerde con la opinión y el sentir de cada momento. En ambos casos, la opción subjetivista o intencionalista puede suponer un anquilosamiento de las normas, convirtiéndolas en disfuncionales y no concordantes con la sociedad definida como soberana.

La tercera concepción de la interpretación jurídica es la que denominamos teoría *axiológica* o *material*. Para las doctrinas que se clasifican en este apartado, la sustancia última de las normas jurídicas es de carácter axiológico, el derecho, en su fondo o ser último, es un sistema de valores. Por tanto, el sentido o contenido de las normas jurídicas que la interpretación aclara o precisa es un sentido o contenido valorativo objetivo. No se trata, como en la concepción anterior, de un orden subjetivo de preferencias establecido por el legislador, sino de contenidos valorativos objetivos que dan su razón de ser a cada norma, a cada rama del ordenamiento y al ordenamiento jurídico en su conjunto. Aquí nuevamente, como en el caso anterior, las palabras y enunciados legales son la vía, en ocasiones imperfecta o insuficiente, a través de la que tales valores de fondo tratan de expresarse. En consecuencia, la interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad.

Este enfoque predomina dentro de la corriente de la metodología de interpretación y aplicación del derecho que recibe el nombre de jurisprudencia de valores o valoraciones (*Wertungsjurisprudenz*) y que tiene amplio predicamento en Alemania desde mediados del siglo XX. Supone la culminación de una evolución que tiene sus hitos anteriores en la jurisprudencia teleológica y en la jurisprudencia de intereses. Se puede sintetizar muy breve y simplificada mente dicha evolución del siguiente modo. A lo largo de la segunda mitad del XIX Ihering rompe con el logicismo ontologista de la jurisprudencia de conceptos y convierte las normas jurídicas en expresión ya no de una razón intemporal o de conceptos ahistóricos, sino de un propósito histórico del legislador. El derecho se sociologiza y pasa a ser visto como respuesta histórica y contingente a problemas cambiantes. Por consiguiente, el intérprete ya no es visto como quien realiza una labor cuasicientífica, de puro descubrimiento de contenidos conceptuales necesarios, expresión de una razón jurídica intemporal, sino como quien busca el sentido de mandatos históricos de un legislador, también histórico, que persigue solucionar de la mejor manera problemas generados por la dinámica social. Si cada norma nace de la necesidad, sentida por el legislador, de solucionar un problema, el eje central de la interpretación pasa a ser el fin de la norma. Toda norma responde a un fin temporal y el intérprete deberá comenzar por hallar cuál es dicho fin de la norma para, desde ahí, otorgar a los enunciados en que la norma se expresa el sentido que permita a aquélla seguir operando como medio de consecución de dicha finalidad.

Con Philip Heck, máximo representante de la llamada jurisprudencia de intereses, se avanza un paso en la misma dirección. Asume que toda norma está al servicio de un fin, pero añade que ese fin se concreta siempre en dar solución a un conflicto de intereses. Toda norma responde al intento de poner término a un conflicto, que es un conflicto entre intereses sociales contrapuestos. Lo que el legislador hace con cada norma es optar por uno de esos intereses, haciéndolo prevalecer sobre el interés o los intereses rivales. Por tanto, el intérprete debe ante todo tomar conciencia de cuál es el conflicto de intereses que hizo nacer la norma y de cuál es la concreta preferencia del legislador por uno de esos intereses, preferencia expresada a través del correspondiente enunciado legal. Y desde

ahí, en lo que Heck llama un acto de “obediencia pensante”, debe dar a la norma el sentido que permita que en cada caso se actualice e imponga ese orden de intereses querido por el legislador.

La doctrina de Heck tuvo un enorme eco, pero en la Alemania posterior a la Segunda Guerra Mundial su aplicación topaba con un importante problema. En efecto, como se trasluce de lo que acabamos de decir, la teoría interpretativa de Heck constituía una variante de la teoría subjetiva o intencionalista de la interpretación, elevando a suprema regla hermenéutica la voluntad del legislador en cuanto a la prevalencia de ciertos intereses, en función de los fines que el propio legislador tuvo por prioritarios. Mas en la Alemania de postguerra se mantienen en vigor numerosas normas promulgadas en tiempos del nazismo y deudoras, por tanto, de los propósitos de Hitler y sus secuaces. Defender para esas normas una interpretación subjetiva resultaba, cuando menos, chocante y sospechoso. Serán los teóricos de la llamada jurisprudencia de valoraciones los que lograrán conectar con la evolución doctrinal que estamos exponiendo y, al mismo tiempo, sustituir la teoría subjetiva por una teoría objetiva, esto es, que no atienda a los fines del legislador sino a los fines objetivos del ordenamiento jurídico mismo y de cada una de sus normas. Veamos concisamente estos dos aspectos.

Desde la jurisprudencia de valoraciones se considera adecuado entender que toda norma responde a un fin y que ese fin es siempre dirimir un conflicto de intereses estableciendo una preferencia entre ellos. Ahora bien, tal preferencia no puede concebirse como aleatoria o contingente prioridad sentada por el legislador, sino que ha de entenderse como llevada a cabo desde un sistema de valores que da sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto y que trasciende incluso a la voluntad del concreto autor de cada norma. Tales valores se articulan en un sistema, el verdadero sistema jurídico, que tiene en su cúspide aquellos que se relacionan con la razón de ser del derecho mismo y le dan su sentido (justicia, protección de la vida y de los bienes básicos del individuo...). En el siguiente peldaño de esa jerarquía se ubicarían los valores que otorgan su sentido y directriz central a cada rama o sector del derecho (la justicia conmutativa en derecho privado, la protección de ciertos bienes básicos en derecho penal, etc.). Y, por último, cada norma es expresión y concreción de esos valores más generales en una valoración singular para resolver un problema preciso⁹¹.

¿Dónde se hallan y cómo pueden conocerse esos valores que son la sustancia última del derecho y que guían la interpretación de sus normas? Los cultivadores de la jurisprudencia de valoraciones echaron mano del iusnaturalismo, por supuesto, pero también de teorías materiales de los valores del tipo de la de Max Scheler. Pero su argumento más fuerte lo hallaron en las constituciones actuales, en particular en la Ley Fundamental de Bonn. En efecto, leyeron la constitución como cristalización y expresión de los valores básicos que componen el sistema jurídico. Para ello elevaron a la condición de normas constitucionales más relevantes las expresadas en artículos como el 1 de la Ley Fundamental de Bonn, donde se dice que “la dignidad humana es intangible”; e hicieron igualmente un importante caballo de batalla del artículo 20.3 de dicha Constitución, donde se dice que el juez está sometido a la ley y al derecho, argumentando que así quedaba de manifiesto que en la misma Constitución se resaltaba suficientemente que el ordenamiento jurídico no se compone sola o meramente de derecho legislado, sino que existen valores que forman parte también del sistema, su parte más densa y crucial⁹².

⁹¹ La formulación posiblemente más elegante y estructurada de esta doctrina puede apreciarse en C-W. Canaris, *El sistema en la Jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, trad. de J. A. García Amado.

⁹² Merece la pena escuchar por extenso a uno de los más conspicuos representantes de esta doctrina, Karl Larenz, el segundo Karl Larenz. “Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectual que conduce a una regulación, son principios «materiales», aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un «supuesto de hecho» y una «consecuencia jurídica». Los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar” (K. Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1993, trad. de L. Díez-Picazo, pp. 32-33). “Si los principios del Derecho positivo son pensamientos directores y causas de justificación de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos un pensamiento «más justo» y tienen que servir por lo menos de indicadores de los principios de Derecho justo. Si pensamos en serio que todo Derecho positivo, en la medida en que es «Derecho», está en el camino hacia el Derecho justo, su pretensión de validez sólo se podrá fundar cuando los principios del Derecho justo hayan penetrado en él, aunque lo hagan sólo bajo las especiales condiciones de este ordenamiento jurídico y de este tiempo, se manifiesten de un modo especial y puedan ser comprendidos” (ibid. 34-35). “El principio no se obtiene mediante generalización de la regla. Es al revés: hay que hacer un

Así pues, los representantes de la jurisprudencia de valoraciones desdoblan el ordenamiento jurídico en un conjunto de enunciados legales, lo que sería el sistema jurídico que podríamos llamar superficial, y un sistema de valores, que constituye lo que podríamos llamar el sistema jurídico profundo, que alimenta de sentido al otro y sirve de indicador y pauta de su interpretación y aplicación.

Que las normas jurídicas no caen del cielo, sino que son manifestación de preferencias valorativas de su autor o de la sociedad en la que pueden cobrar vigencia, no es un gran descubrimiento, sino que, en su indiscutible obviedad, resulta casi trivial. El problema de la jurisprudencia de valoraciones reside en que esos valores cobran vida propia, al margen incluso de los enunciados legales, con sus oscuridades, sus lagunas y sus antinomias, y se constituyen en un sistema que, además de ideal, es coherente y completo, con lo que se conforma como la clave de una labor interpretativa y aplicativa de un derecho que puede confiar en la verdad y objetiva corrección de sus resultados, siempre que éstos reflejen dichos valores y su adecuado orden. Es una hermosa construcción, pero con los pies de barro. ¿Acaso puede pensarse, con un mínimo realismo, que las constituciones son manifestación de una jerarquía coherente de valores? ¿No suelen ser más bien las constituciones democráticas actuales expresión de un acuerdo de mínimos que recoge valores contrapuestos a efectos únicamente de que el legislador, siguiendo las reglas del juego democrático, precise en cada momento la concreta relación de preferencia entre ellos? Baste pensar, con el ejemplo más simple, en la permanente dialéctica entre libertad e igualdad, valores eminentemente enfrentados y cuya particular realización, dentro de ciertos límites, tendrá que ser obra del poder legislativo de cada momento. Pero, entonces, si eso es así, la interpretación de las singulares normas en la que dicha concreción de preferencias se lleve a cabo ya no podrá tener su segura guía en un orden valorativo preestablecido al mandato legislativo y presente con perfiles suficientemente nítidos en la Constitución. Y la misma dificultad se reproduce en los peldaños inferiores del ordenamiento, en las relaciones entre sus distintas ramas o sectores. ¿No son, por ejemplo el Derecho Civil y el Derecho Laboral sectores del ordenamiento jurídico en perpetua pugna, en cuanto regidos por valores en permanente tensión, la autonomía de la voluntad el primero y la protección de la parte más débil del contrato a costa de la autonomía contractual en el segundo? ¿Acaso está prefigurada en algún sistema axiológico material preestablecido la combinación exacta en que han de convivir esos dos valores y sectores opuestos?

2. Tres concepciones del derecho

De lo que hemos dicho hasta aquí ya se desprenden indicios suficientes de que esas divergencias entre los modos de concebir la interpretación están en conexión con tres concepciones más generales sobre qué sea el derecho y cuál ha de ser su función prioritaria que lo justifica⁹³.

viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido, y cuando se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado” (ibis. 35). Es fácil imaginar cómo se trasladará toda esta interpretación a la teoría de la interpretación: “No debe olvidarse que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino «a la ley y al Derecho». Tiene que tomar la ley como expresión de una voluntad del legislador orientada hacia pensamiento jurídico en conexión con el conjunto del ordenamiento jurídico y obviamente de los principios que el ordenamiento lleva consigo y que van más allá de la ley, cuando la ley presenta lagunas y necesita, según su propia intención, una limitación -por la vía de una reducción teleológica-, una ampliación -por la vía de una extensión teleológica o de una aplicación analógica- o una adaptación a la nueva situación normativa que ha quedado transformada. La vinculación del juez a la ley sólo es, por tanto, un aspecto parcial de su vinculación al Derecho en su conjunto” (ibid. 171).

Parece bastante claro que ni al primer Larenz -véase la cita anteriormente recogida- ni a este Larenz posterior a la mitad del siglo le merecía plena confianza el legislador parlamentario.

⁹³ Como menciona De Lora al explicar la polémica sobre el originalismo, “la pregunta relevante no es tanto si se ha de interpretar o no la Constitución (cosa que por otro lado hoy se admite comúnmente como algo ineludible pues son los significados de las formulaciones normativas y no éstas en «bruto» las que se aplican) o bajo qué condiciones puede afirmarse que se interpreta o se deja de interpretar, sino qué debemos entender que es la Constitución, o, en general las normas jurídicas. Es decir, qué componentes tiene esa premisa mayor, discernimiento éste que (...) parece depender en el caso de la norma fundamental, muy especialmente, del compromiso previo con respecto a ciertos principios de justicia

Para la que hemos etiquetado como concepción intencionalista el derecho es ante todo mandato proveniente de una voluntad que se asume como legítima. La idea central es, pues, la de autoridad, y se trata de maximizar el respeto a la autoridad personal de la que las normas emanan. La razones de esa legitimación de la autoridad, como base de esta concepción voluntarista del derecho, pueden ser diversas. Podemos clasificar estas doctrinas, de modo muy elemental, en función de cuál sea la razón que invoquen o presupongan como legitimadora del legislador. Así, cabe distinguir entre las que legitiman al legislador por sus atributos personales y las que lo legitiman por lo que representa. Las primeras ven en el legislador a un ser dotado de cierta cualidad personal que lo hace especialmente apto para captar cosas tales como la esencia del grupo social, los valores que identifican a la comunidad, las necesidades de la misma, lo que más le conviene al grupo y a cada uno de sus miembros, etc. Esa especial condición personal puede poseerla el legislador por estar ungido por algún tipo de sello o designio trascendente, lo que hace que la condición de legislador legítimo no sea fungible e intercambiable sino una condición estrictamente personal de ciertos seres. Las segundas, las que legitiman al legislador por lo que representa, ven su voluntad como expresión y cristalización de una voluntad social que se va decantando a través de distintos procedimientos y trámites y de la que el legislador no es sino portavoz, con lo que su valor personal cede ante su representación institucional. A menudo ambos esquemas de legitimación se combinan en diferente proporción, pero siempre prevalece uno de ellos.

Esta concepción voluntarista del derecho tiene hondas raíces culturales, pues reproduce los esquemas propios de la religión judeo-cristiana, con un dios personal omnisciente y omnipotente que dicta a su pueblo los mandamientos que han de redimirlo.

La concepción que denominamos axiológica o material ve el derecho como expresión, en última instancia, de una razón que es razón moral objetiva. El componente último de lo jurídico son valores, pero no valores aleatoria o coyunturalmente derivados de o establecidos por una voluntad personal, sino preexistentes. El buen legislador se caracteriza, entonces, por su capacidad para captar tales valores y traducirlos a enunciados legales. Y el buen intérprete es el que acierta a colmar las indeterminaciones que en tales enunciados se contengan desde esos mismos valores que le dan su único verdadero sentido posible; o que incluso corrige lo que en los enunciados legales se pueda contener de errónea o desenfocada expresión de los mismos. Así la interpretación *contra legem* no tendrá por qué ser interpretación contra derecho, pues el derecho es algo más y algo distinto de los puros enunciados legales y de la mera voluntad del histórico legislador.

La concepción lingüística, que es la que defendemos, refleja una idea del derecho como mensaje significativo que se contiene en ciertos enunciados que la comunidad “reconoce” (por razones que siempre son históricas y culturales) como jurídicos. No se desconoce que el derecho legislado tiene un autor o autores, ni que refleja determinadas preferencias valorativas. Pero su contenido normativo es el de sus propias palabras y no prioritariamente el de la autoridad que las dicta o el de la razón ideal y objetiva que supuestamente expresan. Frente a la metafísica que late bajo la entificación de una voluntad, colectiva además, que sobrevive a su propio autor y es capaz de perpetuarse a través de los tiempos, o a la fe en una razón moral, independiente en sus contenidos de las concretas representaciones del legislador, los ciudadanos o los intérpretes, esta concepción se asienta en el elemento más tangible y cognoscible, las palabras. Éstas dejan de verse como simple instrumento de expresión más o menos exacta o correcta de algo que las antecede y es la verdadera sustancia del derecho, ya sea la autoridad, ya sean valores materiales objetivos, y se convierte en la sustancia, el ser del derecho mismo. Las palabras y enunciados legales expresan, ciertamente, significados, pero éstos son significados de palabras y enunciados, no traducciones de voluntades o naturalezas axiológicas de ningún tipo. Que esos significados hagan referencia en múltiples ocasiones a conceptos morales no convierte a las respectivas palabras en entidades distintas de las que se refieren a cualesquiera objetos empíricos.

política o, en otras palabras, de consideraciones que por una razón de orden lógico son necesariamente extra-constitucionales” (P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, cit., p. 47-48).

Por tanto, se arranca de que las palabras de la ley significan, y significan por sí mismas, y que tales significados son el objeto de la actividad interpretativa. Con ello se manifiesta una postura opuesta a la de tanta teoría jurídica posmoderna que pretende que las palabras de la ley nada significan y que, por tanto, la actividad interpretativa es libérrima decisión no atada a ningún dato previo, desapareciendo así toda posibilidad de crítica a sus resultados y el sentido de cualquier juicio de corrección o incorrección de los mismos. Lo curioso de tales planteamientos, que, para más *inri*, suelen adornarse de la vitola del progresismo, es que no se entiende por qué ése es un problema específico de los textos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otro uso del lenguaje. Y se supone que no es un problema de todo uso del lenguaje porque quienes tal sostienen lo hacen valiéndose del lenguaje y pretendiendo ser entendidos, lo cual sería una pretensión absurda si cualquier término o enunciado fuera absolutamente indeterminado.

Una postura como ésta de las teorías lingüísticas del derecho será de inmediato tildada de formalista e ingenua⁹⁴. Formalista porque se equipara la confianza en que las palabras y enunciados legales poseen un contenido significativo que vincula al intérprete y aplicador, con la tesis de que en el razonamiento jurídico con la sola ayuda de la lógica se extrae sin más la decisión de esa premisa normativa significativa y de la premisa fáctica, que también vendría dada en su plenitud y con total claridad a partir de la simple contemplación de los hechos del caso. Pero una cosa no se sigue de la otra en absoluto, pues mantener que las palabras de la ley determinan en algo, mediante sus significados, la decisión, para nada implica que la determinen por completo y que no sean necesarias ulteriores premisas interpretativas para precisar el concreto significado dentro de los márgenes que abran la ambigüedad o vaguedad de sus términos. Mas que un término sea vago no significa que pueda significar cualquier cosa, sino que puede referirse a varias cosas, lo cual es bien distinto. Esta teoría lingüística es formalista en el sentido de que propugna que las palabras plantean el límite irrebable de las interpretaciones posibles, de modo que quien salte esos límites de significado no interpreta sino que crea una norma nueva, cosa que se juzgará como positiva o negativa en función de la teoría de la legitimidad de la actuación judicial que se maneje. Pero no es formalista porque entienda que en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas sea la lógica el factor único y determinante. Tal tesis no la ha sostenido nadie, o al menos nadie mínimamente razonable e informado, en el siglo XX.

La acusación de ingenuidad se traduce en identificar la teoría lingüística con la tesis de que las palabras de la ley son siempre y en todo caso perfectamente claras, unívocas y de significado indubitado. Pero nuevamente hay que insistir, ante esta simplificación que ningún partidario de la teoría lingüística ha mantenido, en que el que los términos legales tengan contenido significativo no supone que no existan problemas a la hora de establecer su concreta intensión y extensión. Ahí es donde encuentra, justamente, su justificación y necesidad la interpretación del derecho, en la circunstancia de que los términos y enunciados legales pueden tener un alcance significativo diverso; pero no ilimitado. Si la ley dice “vehículo” podemos dudar de si se refiere a vehículos de motor solamente, o también a vehículos sin motor, a vehículos espaciales, a patinetes, a carros, a sillas de ruedas, etc., etc., y la decisión al respecto se establece por vía de interpretación; pero nadie en su sano juicio pensaría que de la referencia de ese término pueda formar parte un balón de fútbol o una serpiente.

Por tanto, defendemos que los términos legales poseen un significado, que puede ser más o menos indeterminado en función de su mayor o menor grado de vaguedad, y que tal significado raramente es perfectamente determinado, pero también raramente es absolutamente indeterminado o abierto. ¿Y qué nos da la pauta para conocer ese significado? Simplemente nuestra condición de

⁹⁴ Como ha mostrado Schauer, en realidad una de las manifestaciones más claras del formalismo es justamente la contraria a la tesis que aquí se sostiene, y se manifiesta en la teoría que denominamos material. En efecto, formalista sería aquella concepción para la cual las palabras tienen un contenido necesario, preestablecido e “inexorable”, sin lugar para la indeterminación o a la existencia de zona de penumbra, con lo que en la interpretación no habría margen para elección ninguna entre distintos significados posibles y alternativos. Según ese punto de vista, una bicicleta “es” o “no es” un “vehículo” al margen de cualquier elección del intérprete (F. Schauer, “Formalism”, *The Yale Law Journal*, 97-4, marzo 1988, pp. 511ss.).

hablantes competentes que forman parte de una comunidad lingüística que tiene en el lenguaje compartido el camino principal para el entendimiento y la coordinación. Será el uso social compartido el que marque cuál es el significado o cuáles son los significados posibles, el alcance significativo o la referencia posible de cada término, tomado en el contexto del correspondiente enunciado y de los que forman su marco.

Que el lenguaje jurídico que se ha de interpretar, como paso previo a la aplicación de las normas, posea márgenes de indeterminación se convierte en una importante ventaja práctica. Precisamente ese nivel de indeterminación es lo que mejor posibilita que los contenidos de las normas puedan ser actualizados por vía interpretativa, adaptándolos a las nuevas situaciones, necesidades y cambios en la semántica del uso social de las palabras, y evitando así su anquilosamiento o desfase, con lo que se solventa uno de los mayores problemas que poseen las teorías voluntaristas o intencionalistas, a tenor de las cuales el significado de las normas se petrificaría en los contenidos de voluntad que las hicieron nacer. Pero todo ello dentro de los límites de los significados posibles con arreglo al uso de cada momento.

Apenas hace falta resaltar que esta concepción prima el valor de seguridad jurídica, en cuanto certeza derivada de la comprensibilidad de las normas para el ciudadano. Por su parte, la concepción voluntarista hace prevalecer el valor autoridad (legítima), y la concepción material sitúa como preferente el valor justicia, pero entendido como adecuación del derecho a un orden valorativo preestablecido y necesario. Mas ninguna de esas prioridades convierte necesariamente a ninguna de estas concepciones en antidemocrática, como se ha de puntualizar rápidamente para evitar otra crítica tan fácil como tópica. Ni la concepción lingüística tiene por qué ser incompatible con una teoría de la legitimidad referida a quién debe poseer y cómo la competencia para sentar los textos legales o para interpretarlos y aplicarlos legítimamente, ni la teoría voluntarista tiene por qué ir asociada a una legitimación no democrática de los detentadores de la voluntad normativa. Y, en cuanto a la teoría material, puede ser sostenida desde posturas cognitivistas de corte consensualista y dialógico, íntimamente vinculada a una profunda justificación de la democracia.

Ilustremos estas concepciones con un ejemplo sencillo. El artículo 39 de la Constitución Española de 1978 dispone que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. De qué se entienda por “familia”, qué signifique tal término en ese precepto, dependerá que se considere compatible o no con la Constitución el otorgamiento a las parejas de hecho y sus miembros de derechos y facultades parangonables o asimilados a los establecidos para la familia matrimonial. Desde posiciones materiales de corte radical, la interpretación de este precepto ha de estar guiada por la determinación del contenido conceptual necesario y preestablecido de “familia”, con lo que con ese término ni el legislador puede entender cualquier tipo de unión, ni el intérprete puede considerar familia cualquier relación que socialmente sea apreciada o vista como tal, sino únicamente lo que la familia en esencia y por necesidad ontológica “es”. Y así se ha podido sostener recientemente, por ejemplo, que esa institución “familia” a la que se refiere el art. 39 CE es necesariamente la unión que comienza con el matrimonio, de manera que cualquier otra atribución de significado a ese término constituiría una aberración y una falsa e inaceptable interpretación⁹⁵.

⁹⁵ “La familia es un hecho natural que el ordenamiento jurídico protege, desde el primer momento, revistiendo de solemnidad al matrimonio, como inicio o punto de partida de la vida familiar” (J.L. De los Mozos, “Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, *La Ley*, 16-octubre-2000). “La familia, dentro de la estructura social, presenta un ámbito autónomo propio que escapa a la competencia del Estado y del Derecho, no otra cosa significa que se la considere una institución natural, anterior por ello al Estado y al Derecho” (ibid.). La familia no es un mero “hecho cultural” y “el Derecho no tiene por qué reconocer y aceptar por familia lo que no es, como resulta evidente en las llamadas uniones de hecho y, en particular, en las uniones homosexuales, por más que haya regulaciones que así lo pretendan” (ibid.). Un tratamiento legal de tales uniones como familia sería “monstruoso porque va en contra de los valores superiores en los que se fundamenta el Derecho” (ibid.). Por tanto, “por muy ignorantes que sean los legisladores”, el derecho no puede desentonar de eso que es “conforme a un orden natural, propio y específico de la «naturaleza de las cosas»” (ibid.). En consecuencia, la familia de cuya protección habla el art. 39 CE sólo puede ser “la familia conyugal que tiene su base en el matrimonio” (ibid.). Que las parejas de hecho se transformen en “categoría jurídica” constituye un dislate ontológico y una “anomalía” (ibid.).

En la misma línea, con un lenguaje más moderado en la forma, J.L. Martínez López-Muñoz, “La familia en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, pp. 11ss. Después de dar diversos argumentos sobre cómo el “modelo constitucional de familia”, a tenor del art. 39 CE, tiene su clave en las ideas de

Para los enfoques voluntaristas o intencionalistas la correcta interpretación de ese término exigiría averiguar qué asociación significativa tenía en mente el autor de la norma al emplear el término “familia” o qué tipo de uniones quiso concretamente hacer objeto de protección al emplearlo. Que de entonces a hoy haya cambiado el sentir social y, sobre todo, el tipo de relación al que los hablantes competentes en nuestros días pudieran calificar, sin violentar sus convenciones lingüísticas, como familia, es algo que no debería ser tomado en consideración.

Las teorías lingüísticas partirían precisamente de ese último dato. El término “familia” en el art. 39 CE posee vaguedad desde el momento en que cualquier hablante competente en este momento podría, como mínimo, tener dudas acerca de si, por ejemplo, las convivencias estables entre parejas no casadas puede ser denominada como familia. Tal vaguedad implica dos cosas cruciales. En primer lugar, que, siempre con arreglo al uso social del término, resultaría a día de hoy totalmente desenfocado y cuestionable que se calificara como “familia” la convivencia de hombre y perro o la de perro y gato (al margen, claro está, de usos metafóricos o literarios). Y, en segundo lugar, que no existe un patrón objetivo y definitivo para dirimir a priori, antes de una labor interpretativa que es determinante, si uniones como las de las parejas de hecho, hetero u homosexuales, caen dentro de la referencia del término familia en el mencionado precepto. Estaríamos dentro de lo que se viene llamando en la teoría jurídica “zona de penumbra” del concepto. ¿Qué hacer entonces? Pues el intérprete ha de decidir el alcance preciso de ese término, y tal decisión interpretativa será tanto más defendible, podrá considerarse tanto más correcta cuanto mayor sea la medida en que se presente avalada por métodos o criterios interpretativos admisibles y bien utilizados y cuantas más sean las razones con que esa opción se defiende, de modo tal que esa decisión interpretativa suscite la menor sospecha posible de decisión caprichosa y arbitraria del intérprete. Esa es la mejor aportación que en épocas recientes han realizado las llamadas teorías de la argumentación jurídica. En lo que los términos legales posean de indeterminación no hay más objetividad posible que la de las razones, los argumentos, y su calidad y capacidad de convicción.

Queda claro que ninguna de esas tres concepciones de la interpretación excluye, sino al contrario, que en la interpretación hayan de concurrir valoraciones, que tenga una dimensión valorativa y, por tanto, no puramente mecánica o lógica. Sin embargo, cambia el objeto de tales valoraciones. Para la concepción material el elemento valorativo se dirige a la aprehensión de los contenidos morales necesarios de las normas jurídicas; para la concepción voluntarista se trata ante todo de valorar o sopesar la relevancia de los datos que se puedan invocar como testimonio de los propósitos normativos del legislador; y para la concepción lingüística se habrá de valorar, dentro del marco acotado por los significados posibles con arreglo al uso, las razones o argumentos que avalen las opciones que caben dentro de ese marco. Cada una de las tres concepciones puede y suele admitir que se atienda a los elementos que las otras destacan, pero con carácter solamente complementario y en lo que el elemento para cada una preferente no sea capaz de dirimir. Así, por ejemplo, la concepción lingüística admitirá que la invocación de la voluntad del legislador o de argumentos de justicia o equidad pueden caber entre los argumentos admisibles dentro del mencionado marco que opera como límite de la interpretación posible.

No se puede perder de vista, si se quiere tener conciencia plena de lo que en el fondo se debate en la discusión sobre interpretación jurídica, que lo que se está contraponiendo son distintas concepciones del derecho, más que tesis diversas sobre la interpretación de palabras o textos. En

matrimonio y generación, se pregunta por el fundamento último de ese necesario modelo. Y sucedería que la Constitución no puede sino estar reconociendo algo “natural” (p. 36), frente a lo que cualquier alternativa es una desviación intolerable, al margen de cualquier pluralismo. Porque, al fin y al cabo, “la naturaleza revela lo que la filosofía intuye -y la teología cristiana y hebrea conocen- como sabio designio divino de que todas esas delicadas funciones, vitalmente necesarias a todos los hombres, se lleven a cabo con la especial actitud de entrega y dedicación que es propia del amor, entendido como entrega incondicionada al otro por ser quien es, por su persona, con el que, en consecuencia, se experimenta la realidad de una vinculación indestructible, no alterable en lo esencial por ninguna circunstancia ni cambio alguno (porque la persona será siempre ella misma, haga lo que haga, cambie lo que cambie)” (p. 37). Por tanto, el deber de protección de la familia que la Constitución establece “habrá de impedir a los Poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles y aun netamente contrarias a ella y a sus funciones esenciales” (p. 39).

realidad, presentar la interpretación como averiguación de lo que las palabras y enunciados legales significan es camuflar y escamotear una parte crucial del verdadero problema. La verdadera polémica no es sobre el significado de términos y enunciados (materia que sería el objeto de una teoría de la interpretación en sentido propio), sino sobre la naturaleza del derecho y, consiguientemente, sobre dónde y cómo hallar las normas jurídicas que sirvan de pauta a la decisión judicial correcta. Es necesario diferenciar claramente dos dimensiones y, consiguientemente, dos maneras de concebir la interpretación jurídica. Las llamaremos interpretación de significado e interpretación de sentido. Para la doctrina de la interpretación de significado, la interpretación de términos y enunciados legales tiene su primer paso en la averiguación o comprobación del significado o significados que posee un término o enunciado. Y tal averiguación es siempre y necesariamente contextual, como ya hemos señalado. Esa averiguación finaliza siempre en la afirmación de que el término o enunciado interpretado posee o no posee un margen, más o menos amplio, de indeterminación. ¿Desde dónde se realiza tal constatación? Desde los mismos patrones lingüísticos que nos permiten en la vida diaria entender perfectamente, como receptores, una emisión lingüística o que nos llevan a dudar del significado exacto de la misma, es decir, desde el conjunto de reglas compartidas que en un determinado momento posibilitan el uso común del lenguaje como medio de entendimiento⁹⁶. Cuando se aprecia que el término o enunciado interpretado, contextualmente, resulta con algún grado de indeterminación, entra en juego el segundo paso, que nos lleva a buscar los indicios y razones que nos permitan decidir cuál de los significados diversos que el término puede tener (caso de ambigüedad) es el pertinente en la ocasión, o si un determinado objeto cae o no bajo la referencia del término o enunciado (casos de vaguedad). Para la teoría de la interpretación jurídica como interpretación de significado, sería el momento en que podrían comparecer, como ya hemos señalado, los distintos criterios o argumentos interpretativos.

La teoría de la interpretación jurídica como interpretación de significado se topa en la doctrina con dos pertinaces objeciones. La primera, vendría de quienes afirman el carácter radicalmente indeterminado del lenguaje, en general, o del lenguaje jurídico en particular. En tiempos recientes, ésta ha sido una tesis sustentada por muchos representantes de *Critical Legal Studies*. La conclusión que extraen es que la radical indeterminación del derecho no deja más salida que afirmar la inevitabilidad de la plena libertad judicial, con su consiguiente carácter político. Y sería un interés puramente político y manipulativo el que lleva a sustentar la engañosa ideología dominante de que los enunciados legales determinan la decisión judicial y de que el juez está de esa manera atado por la ley. Ya no se trata de que la limitación del juez por los textos legales sea conveniente o inconveniente, sino de que es un engaño. Igual que sería también un engaño pensar que existe algo como el derecho que tiene un contenido firme y preestablecido más allá o por debajo de las palabras. Todo es ideología y por debajo de ella no hay más que un poder habilidoso para ocultar su verdadera y dramática faz. Por supuesto, llegados a este punto, seguir hablando, ya no de interpretación jurídica o constitucional, sino mismamente de ley o Constitución como algo real más allá de unos textos que son sólo apariencia, pierde todo sentido sino es para “deconstruir” el discurso jurídico y constitucional: hay que acabar con cualquier pretensión “científica” o intelectualmente positiva de la dogmática jurídica y la teoría del derecho, principales culpables del engaño por ser disciplinas que dan apariencia a un objeto inexistente o disfrazan con un discurso pseudotécnico su condición política y servil a la manipulación⁹⁷.

⁹⁶ Como sintetiza Schauer, inspirándose en Searle, “porque entendemos las reglas del lenguaje, entendemos el lenguaje de las reglas” (Cfr. F. Schauer, “Formalism”, *cit.*, p. 528).

⁹⁷ Ilustremos esto, a título de ejemplo, con algunos pasajes de uno de los trabajos famosos en esa dirección. Dice Gary Peller que “el significado es indeterminado en cuanto que nunca está positivamente presente en una expresión; siempre está diferido o ausente. El intento de fijar el significado de una expresión lleva a un regreso infinito”, a expresiones que conducen a otras expresiones y así sin fin. “El significado no «existe» en ninguna parte; es construido en relaciones diferenciadas, en el espacio en blanco y los silencios de la comunicación” (G. Peller, “The Metaphysics of American Law”, en *California Law Review*, 73, 1985, pp. 1167, 1168). Y esto contradiría la pretensión del pensamiento jurídico y político liberal de que se puede distinguir entre razón y voluntad, pretensión basada en negar la contingencia de las categorías representacionales. “Las ideas y objetos supuestamente significados por las categorías representacionales nunca están presentes separadamente de las categorías, pues las ideas y objetos son los efectos de las categorías, no la fuente de las mismas. El contenido

Pero repárese en un dato importante. Este tipo de doctrinas que acabamos de mencionar parten de dos presupuestos de naturaleza empírica. El primero, que el lenguaje, o al menos el lenguaje legal, carece de hecho de cualquier contenido significativo que pueda funcionar como criterio de medida de la sumisión del juez a los enunciados legales; pero no creen que exista tampoco ninguna otra regla de determinación de lo jurídico⁹⁸. En cambio, las concepciones a las que nos referiremos a continuación, las voluntarista y la axiológica o material, no sostienen en realidad que el lenguaje legal carezca de toda determinación significativa, sino que dicen que no es en el significado de los enunciados donde tiene su verdadero contenido el derecho, por lo que el juez puede captar el significado de los enunciados, pero debe trascenderlo o prescindir de él cuando sea un obstáculo para imponer mediante su decisión esos verdaderos contenidos. La interpretación sí es posible, pero no como averiguación y concreción de significados.

El segundo presupuesto empírico, en la línea que abrieran los realistas, es que de hecho hay casos, y abundantes, en que el juez hace predominar sus móviles personales sobre el respeto a la ley y decide como quiere, invocando como encubrimiento cualquier valor. Pero con esto estaríamos en un terreno en el que, en primer lugar, habría que acudir al estudio empírico para acreditar la verdad o no de tal fenómeno y su frecuencia; y, en segundo lugar y sobre todo, ello en modo alguno responde a lo que es el objeto de una teoría normativa de la interpretación, que se pregunta cómo debe interpretar el juez para que su decisión sea correcta, a qué tiene que atender a la hora de establecer el contenido de la norma decisoria, si es que queremos dar algún sentido, al menos como ideal, al principio de sumisión del juez al ordenamiento⁹⁹.

La segunda objeción a la idea de interpretación jurídica como interpretación de significado proviene de quienes contemplan el derecho, o al menos cierto núcleo primordial del mismo, como no lingüístico. El derecho no se agota en los textos constitucionales, legales, etc. Los textos no son más que un vehículo rudimentario, y a veces engañoso, por medio del cual la verdadera normatividad trata de manifestarse. Serían razones puramente pragmáticas y funcionales las que justifican el carácter textual que en su superficie revisten los ordenamientos jurídicos modernos. Y ese carácter textual explica que la labor del juez comience como interpretación del significado de esos textos. Mas esa labor es accesoria frente al verdadero fin, que es descubrir el sentido del derecho, lo que el derecho, que no se agota en los textos pero puede tratar de expresarse a través de ellos, determina. Así, el juez

significativo de la práctica representacional no tiene existencia positiva a parte de tal práctica" (ibid. 1169). "«Conocimiento» no es una adecuación de la conciencia al mundo. Lo que se llama «conocimiento» es el efecto producido por el poder social institucionalizado en convenciones sociales representacionales" (ibid. 1169-1170). "No se trata de sostener que no exista el mundo al margen de la conciencia; por supuesto que existe. Pero no hay manera de *conocer* ese mundo separado de los sistemas representacionales socialmente creados y a través de los que nos acercamos al mundo. Conocimiento y poder social son inseparables. De modo semejante, no estoy arguyendo que nunca nos comuniquemos o nos entendamos, lo que sería absurdo. Lo que sucede es que no hay forma de fijar, de cerrar el significado de expresiones y sucesos. La distribución del significado depende de convenciones representacionales socialmente *creadas y contingentes* (...) El significado depende de prácticas de significación artificiales y diferenciadas" (ibid. 1170).

⁹⁸ Una versión más ajustada y menos radical en las tesis semánticas no negaría que puedan significar algo los enunciados legales, pero sostendría que la abundancia de antinomias y la posibilidad de echar mano como preferentes de enunciados absolutamente indeterminados, como numerosas cláusulas constitucionales, para dotarlos de cualquier contenido y erigirlos en guía de la decisión, convierte, de hecho, al juez en señor libre en su decisión.

⁹⁹ Duncan Kennedy, uno de los fundadores del movimiento *Critical Legal Studies*, ha tratado de describir algo así como la fenomenología de la conciencia decisoria del juez. Trata de mostrar cómo el juez se mueve, en su propósito decisorio, entre dos polos, delimitados por lo que es, por un lado, el fallo que le parece, con arreglo a su ideología, justo para el caso y, por otro, por el "campo jurídico", en el que operan la ley, los precedentes, el entendimiento general de lo que establece el derecho, etc. Y se inclinará el juez por uno u otro de los polos en función de cosas tales como su autopercepción como juez, su interés en que aumente o no su prestigio entre sus colegas o la opinión pública, etc. El lugar del derecho, entonces, no estaría en realidad ni en los textos ni en la pura ideología, sino en la conciencia y experiencia del juez, sometida a esas tensiones y que resuelve entre ellas caso por caso. Pero, en cuanto se trata, de nuevo, de describir un proceso psicológico, no queda en la construcción de Kennedy lugar ninguno para dar cabida a la pregunta sobre el sentido y la oportunidad de una teoría acerca de cómo el juez debe proceder para que su decisión pueda reputarse como correcta. Y, también una vez más, su planteamiento psicológico pretende ser persuasivo, pero no está avalado por ningún tipo de dato empírico o experimental. Véase D. Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, etc., 1999, pp. 89ss.

que interpreta busca significados de enunciados, en un primer paso; pero, en un segundo paso, tiene que poner en relación tales significados del texto con los verdaderos contenidos de sentido del derecho. De ese poner en relación se pueden desprender dos resultados. Puede ocurrir que no se aprecie discordancia entre significado del texto y sentido del derecho, en cuyo caso el respeto al texto en la consiguiente decisión se encuentra plenamente justificado en ese hecho de que el texto ha acertado a traducir a palabras el sentido, los contenidos profundos y necesarios. O puede suceder que se detecte una discordancia entre significado y sentido, y entonces habrá que decidir desde el sentido y al margen o por encima del significado. Desde el momento en que el juez está sometido al derecho y se piensa que el derecho ni se agota en la ley ni puede, tan siquiera, manifestarse plenamente a través de ella, por múltiples razones (ignorancia, incapacidad o perversidad del legislador, insuficiencia del lenguaje para expresar sin duda o distorsión contenidos ideales e intangibles, rigidez del lenguaje para recoger el verdadero dinamismo de lo real determinante, etc.), el verdadero respeto al derecho por parte del juez y su auténtica condición de aplicador de los dictados de lo jurídico se realiza precisamente cuando no se queda en las palabras y respeta la realidad de fondo. Aquí no está lingüísticamente determinado, pero sí está plenamente determinado en una instancia prelingüística o independiente del lenguaje, y tanto lo está que resulta congruente pretender que existe para cada caso una única solución correcta. Y el juez que aplique esa respuesta no estará creando derecho, por lo que ahí la apología del activismo judicial no equivale a defensa del creacionismo judicial, sólo a sostener que el juez está por encima del texto de la ley, pero no por encima del derecho. El creacionismo judicial es la salida que transitan los escépticos respecto a cualquier posibilidad de predeterminación, total o parcial, de la decisión judicial por obra de normas jurídicas preestablecidas, salida que aceptan o con resignación o con entusiasmo, según los casos. Pero no es el planteamiento de quienes profesan la fe en que el derecho está materialmente predeterminado, ya sea en un mundo de intenciones, de esencias o de valores. La paradoja, pues, se completa: quienes a menudo tildan a los defensores del significado textual de formalistas ingenuos por pensar que los términos legales pueden limitar *en algo* la libertad decisoria del juez, acaban manifestando su confianza en que esa determinación pueda ser más efectiva y plena desde la metafísica de la percepción de esencias o la aprehensión de conciencias.

Otra cosa es que esa total determinación de la respuesta correcta proceda de uno u otro lugar. Esa base de la determinación plena puede ser mutable o inmutable. Será inmutable cuando se la conciba en términos de una ontología necesaria (por ejemplo, familia es por esencia y necesariamente la unión estable y consagrada de hombre y mujer) o, muy vinculado a lo anterior, de una axiología material atemporal (por ejemplo, la unión de parejas homosexuales es una perversión o una "monstruosidad" moral, ocurra en el tiempo o lugar que ocurra, al margen, por tanto, de opiniones o circunstancias sociales).

En cambio, aquella base será mutable con arreglo a dos concepciones. En primer lugar cuando se identifique con los contenidos intencionales del autor de la norma. El derecho consistirá en tales contenidos en tanto la norma esté vigente, es decir, en tanto aquella intención no se sustituya por otra, del mismo o de otro legislador autorizado o tenido por legítimo. En segundo lugar, cuando la base de los verdaderos contenidos de la normatividad jurídica se identifique con un orden axiológico dotado de historicidad, es decir, cuando el núcleo último de lo jurídico se coloque en los contenidos de la moral que se considere racional y válida para y en la sociedad del momento. En este último grupo se darían la mano, por ejemplo, dworkinianos y habermasianos, y, antes que éstos, los seguidores del segundo Radbruch.

Si proyectamos las tres concepciones del derecho que hemos reseñado en el papel del juez en general, y de los tribunales constitucionales en particular, resultan tres imágenes claramente diferenciadas. Para la concepción lingüística o textual el juez, y el juez constitucional, es guardián de las palabras, vela por su significado haciendo que se respeten cuando son ciertas y determinadas y las precisa y concreta en lo que tengan de indeterminadas; para la concepción voluntarista o intencional el juez es el albacea de las voluntades del legislador; y para la concepción material es el garante supremo del imperio del bien y la verdad en este dislocado mundo. Podríamos hablar, respectivamente, del juez hermano (por cuanto hijo del mismo lenguaje de todos o sometido a él como todos), del juez hijo (celoso vigilante de la memoria y la autoridad de los ancestros) y del juez padre (el que con su

experiencia, formación y perspicacia sabe mejor que nadie lo que nos conviene y nos evita -también al legislador- el descarrío).

3. Sobre los métodos de interpretación

La teoría de la interpretación jurídica tiene como uno de sus objetos de atención preferente la doctrina de los métodos de interpretación. Esto es, las concepciones mencionadas no se limitan a señalar a qué debe atender prioritariamente la actividad interpretativa o dónde están sus límites, sino que también indican mediante qué métodos o procedimientos, con atención a qué datos, se puede llevar a cabo correctamente el establecimiento de ese significado o sentido de los enunciados legales.

Los métodos de interpretación son un componente central de la metodología jurídica práctica, y ésta es una rama muy relevante de la teoría del derecho. “Método” etimológicamente significa camino, vía hacia una determinada meta o destino. Toda disciplina metodológica tiene como cometido proporcionar los indicadores o referencias que marcan el itinerario correcto hacia la meta que respectivamente se pretende. En el caso de la metodología de interpretación y aplicación del derecho se trata de mostrar qué criterios, referencias y modos de operar pueden asegurar la obtención de una decisión jurídica que pueda tenerse por correcta, teniendo en cuenta que en este campo lo correcto se presenta como lo sinónimo de objetivo e imparcial y, por tanto, como lo opuesto a arbitrario, subjetivo o tendencioso. Y en lo que a la metodología de interpretación se refiere, la meta está en lograr la correcta atribución de significado a los enunciados legales, de manera que se obtenga una interpretación correcta que, unida a una adecuada valoración de los hechos, lleve a una también correcta decisión final o fallo de los litigios.

Tanto en la doctrina sobre los métodos interpretativos como en la práctica interpretativa de los dogmáticos y jueces hay un gran acuerdo sobre los métodos válidos de interpretación jurídica, acuerdo que, en su núcleo primero, se remonta a los cánones de Savigny, posteriormente complementados con algunos más, principalmente el teleológico. No es éste el momento para un tratamiento pormenorizado de tales métodos. Baste señalar que en lo básico se reconducen a los llamados literal o gramatical, sistemático, subjetivo y teleológico. Es decir, los métodos que señalan como criterios a tomar en cuenta para atribuir sentido a los enunciados legales cosas tales como el sentido más evidente o compartido de sus palabras, la inserción del enunciado en su contexto normativo en el que se usen las mismas palabras o se regulen los mismos asuntos, lo querido por el legislador o el fin que a tenor de las necesidades y creencias actuales quepa razonablemente atribuir a la norma en cuestión. Cada uno de estos métodos o criterios podría desglosarse en diversas especies o concreciones, pero repetimos que no es ése el tema en este instante.

Lo que sí interesa resaltar es que la mencionada coincidencia básica permite poner de relieve que en la cultura jurídica actual se diferencia con bastante nitidez entre criterios interpretativos admisibles e inadmisibles. Veámoslo con ejemplos. Si un juez invoca, como pauta de su interpretación, la atención a lo que quiso el legislador o a la finalidad que la norma ha de cumplir, nadie dirá que se atiene a criterios inválidos o rechazables, todo lo más se discutirá si los utiliza correctamente o si debió dar preferencia a otros criterios admisibles. En cambio, si un juez invocara, como fundamento de su adscripción de significado a un enunciado legal, cosas tales como la estética, alegando que se puede y se debe dar al enunciado el significado que sea literariamente más hermoso, o la teología, alegando que se ha de proporcionar a las normas el sentido que mejor concuerde con la voluntad divina, sin duda, hoy, habría general acuerdo en que ha perdido el seso y procede interpretando de modo inapropiado. Por tanto, un método o criterio estético o uno teológico no resultarían admisibles.

¿Qué hace que unos métodos se tengan por admisibles y otros no? Esa condición de generalmente admitidos y consolidados de ciertos métodos les confiere a éstos el carácter de tópicos, es decir, de argumentos que gozan de un consenso general preestablecido y que se traspa, en principio, a los resultados de su aplicación. Ese fue probablemente el más importante descubrimiento de la tónica jurídica de Theodor Viehweg, el resaltar que en el razonamiento jurídico se opera con

argumentos que son tópicos o lugares comunes que disfrutaban de un consenso presupuesto¹⁰⁰. Pero podemos seguir interrogándonos acerca de las razones que convierten a algunos métodos en admisibles y a otros en inadmisibles. La tradición y la rutina desempeñan a ese propósito, sin duda, un importante papel, pero ha de haber algo más.

Cada método interpretativo generalmente admitido lo está en razón de su sustrato valorativo. Cuando en la ciencia natural, por ejemplo, se privilegian los métodos experimentales sobre otros posibles, como la adivinación, el espiritismo o la fe religiosa, se hace así por cuanto que se da prioridad al valor verdad, concretado en la idea de verdad empíricamente contrastable. De la misma manera, cuando en la metodología jurídica se consideran válidos ciertos métodos, se hace así porque se estima que sirven a los valores básicos que justifican el derecho y su práctica. Detrás de los métodos admisibles de interpretación está la valoración positiva de cosas tales como la seguridad jurídica, el respeto a la autoridad legítima, la coherencia del sistema jurídico o la sintonía del derecho con las necesidades y opiniones sociales (lo que algún autor ya clásico denominaba el valor de “adecuación”). ¿Y por qué se consideran inapropiados como métodos de interpretación el estético o teológico? Porque servirían a valores que no se consideran propios del ordenamiento jurídico, sino personales de cada individuo, una vez que en la era moderna el gusto estético y el sentimiento religioso han pasado a verse como manifestaciones de la conciencia subjetiva. Por eso, invocarlos acarrea la sospecha cierta de subjetividad, lo que en el campo jurídico es sinónimo de arbitrariedad, de no consideración de argumentos aptos para la convicción y aceptación general en cuanto orientados a un interés general.

Cualquiera de las tres concepciones de la interpretación jurídica que hemos presentado admitiría sin inconveniente todos esos métodos ampliamente acreditados en nuestros días. Lo que cambiará de una a otra es el orden de preferencia que entre se ellos establezca. Con esto llegamos a una cuestión central de la teoría de la interpretación, como es la de si existe un orden de prelación entre los diversos métodos o si están todos al mismo nivel. El problema, como es bien conocido, deriva del hecho de que un mismo enunciado legal puede recibir distinto sentido según cuál sea el criterio de su interpretación que se tome en cuenta. Si esto es así, que lo es, y si no hay un orden de preferencia entre los métodos, que permita dar prioridad a uno u otro resultado interpretativo, la decisión interpretativa goza de un muy amplio margen de libertad. Como resaltaron realistas como Ross, a más métodos interpretativos más posibilidades de que el juez pueda inclinarse por la interpretación que personalmente más le agrada y encontrar un método que la justifique a posteriori, haciéndola entonces aparecer ya no como puro gusto personal, sino como resultado de una operación técnica y aséptica, encubriendo el componente de subjetivismo.

Tampoco es éste el lugar para tratar de tomar partido en esa discusión y ver qué jerarquías se plantean o se pueden proponer entre esos métodos. Lo que se ha de recalcar es que cada una de las tres concepciones de la interpretación que hemos visto propugnarán un orden de preferencia, haciendo prevalecer como criterio interpretativo último uno de esos métodos.

Para la concepción voluntarista gozará de prioridad el método de interpretación subjetiva, en cualquiera de sus dos versiones. Una versión de este método, la subjetiva-semántica, establece que hay que estar en la interpretación a lo que el legislador pretendió significar al emplear los términos y expresiones legales; la otra, la subjetiva-teleológica, dispone que se ha de considerar prioritariamente el fin específico al que el legislador quiso que la norma sirviera. Los demás métodos interpretativos serán o bien auxiliares de este método principal (como el llamado método histórico, que manda atender a los trabajos preparatorios, el derecho anterior, los debates parlamentarios, etc.), o bien complementarios, en cuanto sólo pueden ser invocados para colmar las lagunas que queden en lo que de la voluntad del legislador no pueda conocerse o en cuanto resulte equívoca o indeterminada.

En la concepción material el método interpretativo es una subespecie del método general de la razón práctica, del método de conocimiento de valores, del conocimiento de qué sea lo bueno o lo justo. Puesto que, aquí, interpretar es determinar el contenido correcto de un enunciado legal, y el

¹⁰⁰ Sobre el tema véase J.A. García Amado, *Teorías de la tóptica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. Resumidamente, J.A. García Amado, “Retórica, argumentación y derecho”, en *Isegoría*, 21, 1999, p. 137ss.

patrón de lo correcto lo proporciona en última instancia un sistema de valores morales, se parte de la confianza en que tal orden objetivo de valores puede ser conocido con una, al menos, mínima y certeza. El trasfondo de esta concepción es, pues, la tesis del cognitivismo ético, en cualquiera de sus variantes. Tales variantes pueden ir desde la afirmación de que existe y puede conocerse un cuerpo de derecho natural o de que existe una teoría material de los valores, al modo de Scheler, por ejemplo, hasta los planteamientos de la ética discursiva de corte habermasiano, con su confianza en que por vía de argumentación intersubjetiva respetuosa de ciertas reglas procedimentales, que aseguran la libertad y paridad de los interlocutores posibles, cabe idealmente alcanzar acuerdos que reflejen pautas objetivas de justicia.

En cualquier caso, para las concepciones materiales la preferencia que cabe otorgar a los métodos que toman en cuenta cosas tales como la voluntad del legislador, el significado usual de los términos y expresiones o la coherencia sistemática del ordenamiento es sólo una preferencia *prima facie*. Es decir, tales argumentos, y las correspondientes interpretaciones que avalan pueden y deben ser derrotados por razones de justicia material especialmente contundentes, ya sean razones de naturaleza deontológica o consecuencialista¹⁰¹. Por supuesto, el juicio sobre qué razones de justicia material sean suficientemente “contundentes” dependerá de la respectiva doctrina y no necesariamente coincidirá la apreciación de esa contundencia en los defensores del iusnaturalismo o los de la ética discursiva, pongamos por caso.

Así las cosas, estas teorías materiales simpatizan preferentemente con el método teleológico-objetivo, entendido con un esquema que más o menos podría ser el siguiente: las normas deben servir a fines sociales admisibles, la admisibilidad de los fines y su escala de prioridad viene determinada por patrones objetivos de razón práctica y, por consiguiente, la interpretación correcta es la que conceda al enunciado legal el sentido que sea acorde con tales patrones. Y ello, incluso, a costa de desbordar el límite marcado por cualquier otro método, es decir, a costa de la compatibilidad con la semántica del uso, con el propósito del legislador o con la coherencia del ordenamiento. Es decir, se presentaría como justificada, incluso, la interpretación *contra legem*, la contraria a cualquier contenido evidente de los enunciados legales.

Esta concepción que llamamos axiológica o material ha reaparecido con gran éxito en los escritos de la corriente doctrinal que suele equívocamente denominarse “constitucionalismo”, por oposición al positivismo, y estaría representada por autores de éxito, como Zagrebelsky y otros¹⁰². Dicho constitucionalismo encierra a menudo una especie de “criptoiusnaturalismo” disfrazado de veneración a los valores constitucionales. Así, se argumenta que el juez está sometido a la ley, ciertamente, pero también y en mayor medida aún a la Constitución; que la parte central y definitoria de la Constitución es aquella en que se recogen los valores superiores del ordenamiento jurídico-constitucional, tal como sucede paradigmáticamente en el art. 1 de la Constitución Española; que, por tanto, la interpretación judicial del derecho ha de estar prioritariamente guiada por tales valores; y que, en fin, cuando el sentido claro o evidente del texto legal o de la voluntad legislativa choque con dichos valores, el juez podrá y deberá interpretar y decidir *contra legem*, decisión que estaría totalmente justificada por ser *pro constitutionem*, es decir, favorable a los valores constitucionales. Cómo puede el juez conocer el contenido exacto y preciso de esos valores es un misterio que no se desvela, pero que no impide sostener, volviendo al ejemplo antes utilizado, que la consagración constitucional del valor de dignidad de la persona veta cualquier lectura del término “familia”, en la ley ordinaria o en el art. 39 CE, como referido también a las uniones de hecho, y más a las uniones

¹⁰¹ Véase, por todos y de manera sumamente relevante, R. Alexy, “Juristische Interpretation”, en: R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1995, pp. 89-91.

¹⁰² Véase G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, trad. de M. Gascón. Críticamente, en el sentido que a continuación se señala, véase J.A. García Amado, “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en J.A. García Amado, *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1999, pp. 201ss. Para un muy adecuado tratamiento crítico del “constitucionalismo” y para su cotejo con el positivismo puede verse especialmente L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 1997.

homosexuales. Aquí, como se ve, la Constitución vale y cuenta en tanto que se la pueda hacer portavoz de la verdad moral, más que como sistema formal de garantías y de procedimientos de plasmación de la soberanía popular como cimiento de la legislación.

Por contra, para la concepción lingüística la preferencia la detenta el método literal. Es necesario aclarar rápidamente a qué nos referimos, para evitar la inmediata sospecha de formalismo ingenuo. Se quiere decir que los significados que en la interpretación cabe asignar a los términos legales vienen delimitados por el uso, de modo que a un término legal absolutamente determinado y unívoco, con arreglo al uso social del mismo, no se le puede atribuir ningún significado que desdiga de tal uso unívoco, y a los términos legales que adolezcan de vaguedad se les podrá otorgar cualquiera de los significados que encajen en los márgenes de permisibilidad con arreglo a tal uso, pero nunca uno que vaya más allá de ese límite. Por ejemplo, si interpretamos el término “gafas”, podremos preguntarnos si su referencia en el enunciado en que se integra abarca cosas tales como las gafas de buceo o las gafas de soldador, y la respuesta podrá ser positiva o negativa, pero nunca será admisible entender que de su referencia forma parte un libro, un zapato o una corbata. Que en las decisiones jurídicas no sea difícil ver cómo por vía de analogía se extiende a objetos tales la regulación estipulada legalmente para las gafas, no implica que se esté realizando una interpretación en tal sentido, sino que se está creando una norma nueva para asignar determinada reglamentación a tales objetos, y tal creación irá avalada por razones que la hagan admisible o inadmisble, según el tipo de concepción jurídico-política que se sustente; pero nunca se podrá decir que se trata de una auténtica interpretación. Por tanto, ese criterio de los significados posibles con arreglo al uso marca las interpretaciones posibles y, en consecuencia, delimita la frontera entre interpretación, actividad cuya necesidad y legitimidad no se puede razonablemente discutir, y creación de nuevo derecho; y los límites de la legítima creación de derecho por los jueces constituyen objeto de una discusión mucho más intrincada y dependiente de consideraciones filosófico-políticas muy debatidas y entre las que siempre tendrán que venir a colación cuestiones tales como el sentido de la vinculación del juez a la ley, la separación de poderes, el principio democrático, etc.

No se puede perder de vista que en muchas ocasiones el término interpretado puede ser un término técnico específico del derecho o un término que en derecho adquiera significado técnico especial. En tales ocasiones habrá que tomar como dirimente el uso jurídico de tal término o, al menos, incorporarlo a la lista de usos posibles determinantes de significado, analizando y argumentando si en el enunciado legal de que se trate tiene sentido optar por uno u otro uso, en su caso, como central y determinante.

Ahora bien, no tiene sentido plantearse la interpretación aislada y autónoma de un término legal. Al igual que ocurre en el uso ordinario y cotidiano del lenguaje, también en el derecho las palabras han de entenderse en el marco de su inserción contextual. Esto implica que los términos se interpretan en el marco de lo que es la interpretación de conjunto de los enunciados legales que los contienen, y tampoco los enunciados se analizan, al menos a efectos prácticos y decisorios, aisladamente, sino en el ámbito más amplio de un determinado capítulo, de un cuerpo legal y, en última instancia, del conjunto del ordenamiento jurídico-positivo. Así pues, la interpretación jurídica en la práctica es siempre interpretación “total”, en los términos de Hernández Marín¹⁰³. Por consiguiente, hay que reconocer que las que tradicionalmente se llaman interpretación literal e interpretación sistemática se funden en buena medida.

Cuando decimos que los significados posibles con arreglo al uso delimitan las interpretaciones posibles, no estamos, en consecuencia, sosteniendo que tal consideración semántica (y sintáctica) por sí basta para determinar la interpretación. Simplemente se trata de marcar los límites y, por tanto, el campo de juego de la interpretación. Pero en la inmensa mayor parte de las ocasiones ese campo admitirá distintas posibilidades y ahí sería donde comienza la verdadera interpretación. Y es en ese ámbito así delimitado donde han de entrar en juego los demás criterios interpretativos. Así, por ilustrarlo con el ejemplo anterior, a la hora de determinar si las gafas de buceo son también “gafas” a efectos de la correspondiente norma que interpretamos, se podrá atender a la voluntad del

¹⁰³ Véase R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 35ss.

legislador en cuanto al fin de la norma, a lo que era el uso lingüístico cuando el legislador empleó tal término, al fin que razonablemente la norma puede tener en nuestro tiempo, etc., etc. Lo que no sería verdadera interpretación sería mantener que cualquiera de esas consideraciones pueda servir para obviar y sobrepasar los límites de significado posible del término “gafas” conforme a los usos actuales, de modo, que por ejemplo, consideraciones finalistas lleven a entender que la norma se refiere también, bajo la expresión “gafas”, a los zapatos.

Nuestra opinión es que esta concepción lingüística es la requerida en un sistema jurídico democrático, basado en la soberanía popular a través del principio de representación, y organizado a partir de la idea de separación de poderes, con lo que implica de posibilidad de control entre poderes y de eliminación de la arbitrariedad no susceptible de ningún control. Lo cual, al tiempo, es tanto como afirmar que ésta es la concepción de la interpretación que mejor se adapta, por no decir la única que se adapta, a los valores inspiradores de los actuales ordenamientos constitucionales, valores que tan a menudo se invocan, en la teoría y en la práctica, para desactivar y boicotear desde dentro el propio orden constitucional que se dice defender. Se trata, en suma, de que el derecho sea algo que los ciudadanos pueden entender y no algo a lo que ciertos sacerdotes, imbuidos de no sé sabe qué extraño don, tienen acceso exclusivo en virtud de su innata sintonía con la esencia de los conceptos o la verdad de los valores materiales.

4 ¿Y la interpretación de la Constitución?

Para la concepción lingüística que defendemos la Constitución como objeto de interpretación no supone diferencias cualitativas, sino, todo lo más, cuantitativas¹⁰⁴. Que no plantee diferencias cualitativas hace referencia a que la Constitución es también un conjunto de enunciados lingüísticos plasmados en un texto, el cual se tiene por jurídico y de la mayor jerarquía dentro de los textos jurídicos, en función de ciertas razones históricas, políticas, sociales, etc., que hacen que en nuestro tiempo, y a diferencia de otras épocas, así sea “reconocido” con carácter general. Con ello no se cuestiona ni la importancia de las constituciones ni su papel en el ordenamiento. Simplemente no se reviste dicha importancia de ningún ropaje mítico o cuasitrascendente.

En cambio, para la concepción voluntarista la Constitución es la expresión de una suprema voluntad, individual o colectiva, cuyos designios concretos y más allá de la capacidad de expresión de las palabras se constituyen en límite infranqueable de la práctica jurídica en el ordenamiento. Sería voluntad cristalizada en palabras, contenido psicológico que intenta manifestarse hacia el exterior con más o menos acierto, con lo que interpretar sus cláusulas es intentar averiguar dichos contenidos de voluntad a través de las palabras pero sin tener que quedarse en ellas cuando se crea detectar discrepancia entre lo que significan y lo que con ellas se quiso expresar o conseguir.

Por su parte, para la concepción material la Constitución es en su fondo y realidad última un orden objetivo de valores que constituye una prefiguración ideal y permanente de los “mundos jurídicamente posibles”. Una forma habitual de expresar esto mismo, aunque con matices según el autor, es señalando que por debajo de la Constitución formal existe una Constitución material¹⁰⁵. En

¹⁰⁴ Sobre el tema puede verse R. Guastini, “Specificità dell’interpretazione costituzionale”, en *Analisi e diritto*, 1996, pp. 169ss., donde se muestran particulares problemas relacionados con el modo de concebir la interpretación y la posición de sus intérpretes, pero sobre la base de que “la especificidad de la interpretación constitucional no tiene que ver con la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal” (p. 169).

¹⁰⁵ En términos de Jiménez Campo, “tal «Constitución» -real, material o sustancial- sería, así, expresión inmediata, no elaborada, jurídicamente, del deber ser profundo que mostrarían las estructuras históricas y sociales de la convivencia y por ello, también, el punto de referencia permanente con el que contrastar la efectividad existencial de las disposiciones jurídico-constitucionales” (J. Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, volumen primero, Madrid, Tecnos, 1997, p. 42). No me resisto a citar algunos párrafos críticos de este autor: “La postulación de una juridicidad previa y potencialmente contraria a la racionalizada en la Constitución controvierte (...) los rasgos consustanciales a todo sistema jurídico. Controvierte, ante todo, su objetividad, que no es, sino la exigencia de que el querer del Derecho no sea querer singular, subjetivo, sino voluntad socialmente construida de la colectividad que, a partir de su acto constituyente, no reconoce más decisión vinculante ni más deber de acatamiento, en consecuencia, que el que traiga su razón de ser del orden de competencias constitucionalmente previsto de acuerdo con los procedimientos también configurados (...). Porque los procedimientos constitucionales -y la legitimación que de ellos proviene- no son, aunque lo

este caso, el legislador constitucional habría sido el mediador a través del que ese orden valorativo de fondo se plasma en un texto, pero la interpretación de ese texto constitucional tiene que ser regresiva, es decir, operar hacia atrás, de las palabras al legislador y de éste a los valores que alimentan y dan sentido a su obra. Obviamente, a estos esquemas se acogen gustosos quienes piensan que por definición hay contenidos jurídicos indisponibles y que la Constitución viene a sancionar tal indisponibilidad. Este planteamiento se puede hacer desde las filas del iusnaturalismo, o desde algún tipo de teoría material de valores, o desde concepciones que vinculan la esencia del derecho a la ineludible sintonía con la esencia de la nación, el espíritu del pueblo, la integración bajo la forma de un Estado cuya realidad antecede a cualquier desarrollo jurídico, al modo de la teoría constitucional de Smend¹⁰⁶, etc. En todas estas configuraciones, las interpretaciones posibles de los enunciados constitucionales vienen acotadas en una doble dirección: no cabe atribuirles cualquier significado posible dentro del marco de su indeterminación, pues hay cosas que la Constitución no puede significar aunque parezca decirlas; y cabe atribuir significados que no estén expresados de modo manifiesto o semánticamente posible en ningún enunciado, pues la Constitución sería lo que dice (o parte de lo que dice), más lo que calla pero está presente en su evidencia última. Según los casos, la axiología o la política (pero siempre la metafísica) reemplazan a la semántica. Lo indeterminado (por ejemplo el “valor superior” justicia) se convierte en determinado, por imperativo material, y lo lingüísticamente determinado puede resultar erróneo y necesitado de corrección por su no correspondencia con la realidad (metafísica). Y los guardianes de la Constitución son guardianes del orden debido, que puede no coincidir con el orden expresamente estipulado. La Constitución, y el ordenamiento positivo todo, se hacen dúctiles en nombre de la firmeza de los valores rígidos.

Nuestra anterior afirmación de que las diferencias de la Constitución como objeto de interpretación son meramente cuantitativas hace alusión a que los problemas usuales en la interpretación de cualquier enunciado de un texto jurídico se acrecientan cuando se trata de la Constitución¹⁰⁷. Esto se debe a que el grado de indeterminación de sus enunciados es en muchas ocasiones, aunque no siempre, en absoluto, más elevado de lo habitual¹⁰⁸. Ese mayor grado de indeterminación, con términos y expresiones de elevada vaguedad, con abundantes proclamaciones genéricas de fines y valores, etc, se traduce en un mayor margen de legítima libertad interpretativa y se convierte en la ventaja de una especial aptitud de muchas cláusulas constitucionales para ser adaptadas en su significado y alcance a nuevas necesidades, expectativas, opiniones y concepciones de lo justo. Es decir, que sin falta de “materializar” la Constitución ya goza ésta de por sí, en sus puros enunciados, de flexibilidad bastante como para poder ponerla al servicio de los fines y valores que se tengan por mejores. El límite estaría sólo en la evidencia de los límites de significado, amplios o amplísimos límites en muchos casos (mucho menos en otros), pero límites al fin y al cabo.

Por supuesto, la interpretación constitucional será en sus resultados dependiente también del modo como se solventa la discusión sobre el valor normativo de sus distintas cláusulas (reglas,

contrario se haya afirmado enfáticamente, elementos disociados de toda opción de valor (de toda concepción «material» del Derecho, como suele decirse), sino, muy en primera línea, los modos en que, cotidianamente, creando el orden jurídico, se consuma -o fracasa- el reconocimiento de una sociedad en sus instituciones (...). Y quiebra, en fin, de la certeza y seguridad del Derecho, por lo mismo que las tesis que aquí se discuten no pueden ofrecer más garantía de sus conclusiones que el criterio personal del intérprete que invoca y hace aflorar, ante sus conciudadanos, la razón oculta en las orientaciones de las fuerzas políticas prevalentes” (ibid., p. 52-53).

¹⁰⁶ Sobre Smend, su teoría de la integración y su polémica con Kelsen véase J.A. García Amado, “Estudio preliminar” a H.Kelsen, *El Estado como integración*, Madrid, Tecnos, 1997, trad. de J.A.García Amado.

¹⁰⁷ Como dice Scalia, aunque sea desde posturas que no exactamente coinciden con la tesis de fondo que sostenemos, el problema que suscita la interpretación constitucional es peculiar “no porque se apliquen especiales principios interpretativos, sino porque los principios usuales se aplican a un texto inusual” (A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 37).

¹⁰⁸ Además, como señala Schauer, muchas cláusulas constitucionales no sólo son ampliamente indeterminadas, sino que tienen también un fuerte componente emotivo (F. Schauer, “An Essay on Constitutional Language”, *UCLA Law Review*, 29, 1982, p. 801).

principios, directrices, etc.), con lo que una teoría de la interpretación constitucional que se pretenda completa no podrá dejar de pronunciarse sobre esos extremos de teoría general del derecho y de teoría constitucional. Pero este es ya un tema que desborda los límites de este trabajo.

1. Planteamiento

En este trabajo esbozaré varias tesis:

1. La ponderación [Abwägung], como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso.

2. Cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas.

3. Si lo anterior es cierto, implica que no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre:

- a) Reglas y principios.

- b) Decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria.

4. Todo esto implica que todo caso, tanto de legalidad ordinaria como constitucional, puede ser presentado, decidido y fundamentado como caso de conflicto entre principios (incluso constitucionales) o de subsunción bajo reglas. Esto, más en concreto, quiere decir:

(i) Que todo caso de legalidad ordinaria puede ser transformado en caso de conflicto entre principios.

(ii) Que todo caso de los que deciden los Tribunales Constitucionales puede reconducirse a un problema de subsunción de hechos bajo (la referencia de) enunciados, con la necesaria mediación, por tanto, de la actividad interpretativa, es decir, de decisiones de atribución de significado (de entre los significados posibles).

No podré aquí fundamentar por extenso todas estas tesis entre sí ligadas. Algunas aparecerán sólo tangencialmente, aunque todas subyacen a lo que en este trabajo sostendré.

El método que emplearé será el siguiente. Tomaré tres de las sentencias alemanas que Alexy en el *Epílogo* [dejarlo así, en castellano] (y en otros varios trabajos; pero aquí me centraré sólo en el *Epílogo*) usa como muestras de aplicación clara y buen funcionamiento del principio de proporcionalidad [Verhältnismässigkeitsgrundsatz], con sus tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto [Geeignigkeit, Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit im engeren Sinne]. Con el análisis detallado del razonamiento contenido en esas tres sentencias trato de poner de relieve que dichos tres principios carecen de autonomía operativa y son, al menos en cierto sentido, triviales o prescindibles, pues las magnitudes sobre las que se aplican (lo que se "pesa") o el resultado de su aplicación (el "peso" resultante) está decisivamente condicionado por las *interpretaciones* previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal. En otras palabras, un tanto simplificadoras: es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación.

2. Los subprincipios de la ponderación y las condiciones de su uso

2. 1. Sobre el subprincipio de idoneidad. Análisis de BVerfGE 19, 330 - Sachkundenachweis.

Sostendremos en este apartado que en los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante

Esta Sentencia la toma Alexy como ejemplo claro del funcionamiento del subprincipio de idoneidad. Recordemos que este subprincipio de idoneidad determina que la limitación de un derecho

fundamental (u otro principio constitucional) sólo es constitucionalmente admisible si efectivamente, fácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional).

La exposición del caso es sencilla y podemos hacerla en las palabras mismas de Alexy¹⁰⁹: "A hairdresser has installed a cigarette vending machine on his property without permission. The administrative officials threatened him with a fine on account of a breach of the law concerning retail trade. This law required a permission which would only be granted if the applicant could demonstrate, 'the necessary expertise'. The proof necessary could be supplied by an apprenticeship in commerce, a long period of practice in a business, or through a special examination in which commercial knowledge was to be demonstrated. The hairdresser sought legal redress in the courts. The Upper Regional Court of Appeal in Saarbrücken, which was the court of second instance, considered the requirement to prove commercial ability in the case of mere placing of vending machines unconstitutional and sought a ruling from the Federal Constitutional Court. The Federal Constitutional Court reached the conclusion that the requirement to prove competence for any trade in any goods, and thus also for the operation of cigarette vending machines, breached freedom of profession guaranteed in article 12(1) Basic Law. "

A esta presentación de los hechos conviene tal vez hacerle algunos añadidos. Por un lado, interesa saber que el lugar donde el peluquero instala la máquina de tabaco es su casa, según dice la misma Sentencia ("Er hatte ohne Erlaubnis einen Zigarettensautomaten an seiner Wohnung ohne Erlaubnis angebracht"). Nada se dice, en cambio, sobre si era en su casa donde tenía instalada la peluquería y donde, por tanto, ejercía su profesión de peluquero. Sí sabemos que, aparte de la sanción administrativa que en el caso se discute, sufrió el peluquero una pequeña sanción penal por el hecho de que tal instalación de la máquina en su casa atentaba contra las normas urbanísticas vigentes. Por último, merece la pena destacar que la ley sobre tráfico al por menor expresamente establecía que los mencionados requisitos se aplicaban también al comercio mediante máquinas automáticas. Dicha ley disponía exigencias especiales de capacitación para la venta de alimentos y productos farmacéuticos y sanitarios, y otras exigencias para la venta al por menor de cualquier otro tipo de mercancías. Son estas últimas exigencias las que antes se han descrito y las que vienen al caso que examinamos.

Alexy aprueba la Sentencia y la presenta como caso prototípico de aplicación del subprincipio de idoneidad, que habría sido aquí el decisivo¹¹⁰. Gracias a la operatividad de dicho principio la solución dada por el Tribunal a este caso sería poco menos que evidente, de racionalidad difícilmente discutible. Pues bien, lo que aquí pretendo, al hilo de la exposición detallada de los argumentos de la Sentencia, no es manifestar abierto desacuerdo con el contenido de tal fallo, sino mostrar que tal fallo es tan racional como podría haberlo sido su contrario, que también podría haber estado respaldado por argumentos altamente convincentes. Y ello por una razón principal, que es la hipótesis que quiero poner a prueba aquí: *el principio de idoneidad sólo opera, y opera bien, cuando se ha predecidido entre qué dos derechos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime*. Y es tal predecisión la que *predetermina el resultado final de la aplicación del principio de idoneidad*. Pero esa predecisión es una opción valorativa que toma el intérprete, el Tribunal en este caso, no algo que se siga casi nunca con plena evidencia y de modo indiscutible. Poner a competir a P¹ con P² en lugar de con P³ o Pⁿ es una *decisión* del tribunal, que casi siempre aparece justificada mediante un razonamiento que tiene como principal fin eliminar a P³... Pⁿ como posibles competidores o contrapesos de P¹ en el caso. Veremos cómo ocurre tal cosa al ir analizando esta Sentencia. Pero antes ilustremos de modo muy simple y esquemático esto que estamos diciendo.

¹⁰⁹ A Theory of Constitutional Rights, Oxford, 2002, p. 397 s.

¹¹⁰ Según Alexy, la fundamentación dada por el Tribunal "was based to a large extent on the fact that proving commercial competence in the case of operating a cigarette vending machine was not a suitable means of protecting the consumer from health or financial risks." (p. 28) (ibid.). Es de este mismo modo como la propia Sentencia presenta la *ratio* del fallo. Prosigue Alexy: "It was thus prohibited by the principle of suitability and in breach of the constitutional right of freedom of profession" (ibid.). Se apoya ahí para explicar con claridad cómo funciona el principio de idoneidad: "Two principles are in play, that of freedom of profession (P1) and consumer protection (P2). The means (M) adopted, proof of commercial competence, lack of suitability and are thus not capable of promoting P2, but they obstruct the realization of P1. In this situation, there are no costs to P1 or P2 if M is omitted, but there are costs to P1 if M is adopted. Thus P1 and P2 taken together may be realized to a higher degree relative to what is factually possible if M is abandoned." (ibid., pp. 398).

Hay un caso C en el que se cuestiona una norma N que limita el principio P^1 . El principio de idoneidad, como subprincipio del principio de proporcionalidad, establece que N sólo será constitucional si la limitación de P^1 se puede justificar porque N reporta un beneficio¹¹¹ a algún otro principio $P^2 \dots P^n$. Imaginemos que existen dos principios (P^2 y P^3) que pueden razonablemente invocarse como candidatos a recibir ese beneficio derivado de la limitación de P^1 por N. Con fines puramente expositivos y esquemáticos, representaremos el beneficio que para un P se sigue de la limitación de otro P mediante la siguiente fórmula, en la que x se sustituirá en cada caso por una magnitud numérica:

$$bP^{+x}$$

Ahora apliquemos en nuestro ejemplo magnitudes al respectivo beneficio que para P^2 y P^3 se deriva de la limitación de P^1 , y pongamos que el resultado queda así:

$$bP^{2(+0)}$$

$$bP^{3(+1)}$$

Es decir, que de la limitación de P^1 en N se deriva un beneficio de +0 (ningún beneficio) para P^2 y un beneficio de +1 para P^3 .

Aplicando el principio de idoneidad, el resultado sería que N es constitucional si se estima que el fin que persigue al limitar P^1 es favorecer P^3 . En cambio, N no sería constitucional si se estima que el fin que persigue es favorecer P^2 .

Y ahora viene la pregunta crucial: ¿de qué depende nuestra opinión de que N tiene su razón de ser en beneficiar a P^2 o a P^3 ? La respuesta me parece clara: *de la interpretación que hagamos de N*. Y bien claro es también que la interpretación que aquí dirime es una interpretación *teleológica*.

Si todo esto es cierto, tendríamos que la aplicación del subprincipio de idoneidad nos parece sumamente racional, en casos como el de esta Sentencia, porque dicha aplicación es trivial. Quiero decir con esto que la verdadera sustancia de la discusión jurídica del caso no está en la conclusión sobre si una norma que limita un principio beneficia a otro determinado principio. No. La verdadera clave está en determinar cuáles son los principios que se comparan, y muy especialmente cuál es el principio cuyo beneficio se considera que es el fin justificatorio de la norma. Porque si cambiamos la interpretación teleológica de esa norma, podremos cambiar también el principio de comparación ($P^3 \dots P^n$) y con ello, puede cambiar completamente el resultado del juicio de idoneidad. Así que la clave argumentativa más importante no se haya en los enunciados de la Sentencia mediante los que se muestra que P^2 se beneficia o no se beneficia con la limitación de P^1 por N. La clave está en lo que "pesen" las razones por las que se establece que el candidato a medirse con P^1 es P^2 y no P^3 o P^n . Y esas razones son razones interpretativas, muy ligadas al establecimiento de la *ratio* de N.

Aplicado al caso de esta Sentencia, aceptemos que es convincente el juicio del Tribunal (aplaudido por Alexy) de que la limitación que para la libertad profesional establece la norma discutida no reporta ningún beneficio para el otro principio tomado en cuenta como contrapeso, el principio de protección de los consumidores. ¿Pero es igual de convincente la asunción de que es éste y no ningún otro el principio de contrapeso, el que debe tener algún beneficio como consecuencia de aquella limitación de la libertad profesional? Veremos que todo el esfuerzo del Tribunal se concentra en dar argumentos para descartar otros candidatos a principios de contrapeso. Esa es la clave argumentativa y sustancial de la Sentencia, no la aplicación, poco menos que automática y trivial, del subprincipio de idoneidad. Y llegamos así a lo esencial: el fallo será tanto más convincente cuanto más convincentes sean esos argumentos mediante los que el tribunal justifica el descarte de otros posibles candidatos a principio de contrapeso. Y si esta Sentencia parece convincente, o al menos no carente por completo de fuerza de convicción, es gracias a tales argumentos, no al acierto en la aplicación del subprincipio de idoneidad.

¹¹¹ Como sabemos, que ese beneficio para P^2 tenga que ser igual o mayor que la limitación que se hace a P^1 es una exigencia que ya no pertenece al subprincipio de idoneidad, sino al de proporcionalidad en sentido estricto, tercer subprincipio del principio de proporcionalidad.

En suma llegamos de nuevo a la tesis que venimos sosteniendo: que en los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante¹¹².

Analicemos ahora los pasos de la Sentencia.

Análisis de la Sentencia.

Como ya sabemos, el Tribunal falló que la norma en discusión es inconstitucional porque atenta contra el derecho de libre ejercicio de profesión y oficio (art. 12.1 LF). La razón sería que dicha norma no reporta, a cambio, ningún beneficio para la protección de los consumidores, ni como protección de su salud ni como protección de su economía. Vayamos desgranando los argumentos del Tribunal.

- El derecho al libre ejercicio profesional debe ser interpretado como vinculado al principio de libre desarrollo de la personalidad. Ello obliga, según el Tribunal, a que toda limitación que de tal derecho se haga en nombre del interés público deba estar estrictamente sometida al principio de proporcionalidad. Ya ha aparecido la primera mención del principio de proporcionalidad, con lo que ya se insinúa que estamos en los terrenos de la ponderación. Pero ¿no es lo mismo que decir -en terminología más tradicional- que la gran importancia de aquel derecho fundamental fuerza a que deba interpretarse restrictivamente toda norma que lo limite, incluidos otros derechos fundamentales o principios que puedan entrar en colisión con él?¹¹³ Pero el Tribunal sigue hablando el lenguaje de la ponderación y dice que las limitaciones de este derecho no pueden ir más allá de lo que exija el interés general que las legitima, por lo que los medios empleados deben ser apropiados para ese fin de interés general y no deben ser desproporcionados¹¹⁴.

Estas últimas afirmaciones pueden suscitar dos preguntas. ¿Acaso hay alguna limitación de un derecho fundamental que pueda ir más allá del interés que la legitima? Y, sobre todo, ¿sólo un interés general puede servir como legitimación de la limitación del derecho a la libertad profesional? Se nos dirá que son fórmulas habituales de la retórica judicial y que no tiene sentido pararse en tales minucias. Pero no es así, pues esta inmediata reconducción al interés general, como único posible interés legitimatorio de la limitación, ya predetermina, sin justificación expresa, una parte del resultado, pues deja fuera de juego todo posible interés individual o grupal como contrapeso admisible. ¿Acaso no cabe imaginar, aunque sólo sea como hipótesis no descabellada y merecedora de análisis, que la norma en cuestión tenga como fin salvaguardar o proteger de alguna manera los derechos de otros vendedores¹¹⁵, o los derechos de los vecinos de la casa del peluquero, etc., etc.? Ya

¹¹² Sería muy interesante entrar en una comparación a fondo de las analogías estructurales entre la actual doctrina de la ponderación constitucional y la doctrina decimonónica de la subsunción. Avanzo dos hipótesis provisionales. Tanto aquella insistencia en el carácter meramente subsumtivo de la decisión como ésta de ahora en el carácter meramente ponderativo de la decisión cumplen la función de dejar en la oscuridad la operación más determinante, la interpretación de las normas (también, en muchas ocasiones, su elección); y ambas doctrinas comparten la fe en haber encontrado un procedimiento formal o cuasiformal que sustraiga a la decisión jurídica de las contingentes valoraciones de los tribunales. Entonces se pensaba que el carácter silogístico del razonamiento jurídico hacía primar la objetividad formal sobre la aleatoriedad de las valoraciones, y hoy los llamados neoconstitucionalistas piensan que la existencia de reglas de la ponderación dota de una cierta objetividad a las decisiones de los tribunales (al menos a las decisiones en que la ponderación se aplica, aquellas que deciden casos de conflicto entre principios, ¿pero no es perfectamente posible reconducir cualquier conflicto jurídico a un conflicto entre principios?). Por eso ninguno de esos neoconstitucionalistas insiste hoy ni lo más mínimo en que las decisiones de los Tribunales Constitucionales dependan de los valores o las ideologías dominantes en cada caso entre sus miembros. Y por eso también es esta de la ponderación la doctrina que con más entusiasmo acogen los propios Tribunales Constitucionales, pues es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de las tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador.

¹¹³ Es interesante reparar en la frase exacta del Tribunal: "Die Auslegung dieser Bestimmung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist an dem Grundgedanken orientiert, dass im Hinblick auf den besonderen Rang gerade dieses Grundrechts, der in seinem engen Zusammenhang mit der freien Entwicklung der menschlichen Persönlichkeit im ganzen begründet liegt, die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen unter dem gebot strikter Wahrung des Prinzips der Verhältnismässigkeit stehen".

¹¹⁴ "Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als die sie legitimierenden öffentlichen Interessen erfordern; die Eingriffsmittel müssen zur Erreichung der angestrebten Zwecke geeignet und dürfen nicht übermässig belästend sein".

¹¹⁵ Por ejemplo, el derecho al ejercicio profesional del dueño del estanco de abajo, que tiene todos sus papeles en regla, paga sus impuestos como vendedor de tabaco, etc.

hemos asistido, como se ve, a una primera selección de los candidatos posibles a principio de contrapeso, y tal selección se ha hecho tácitamente, sin argumentación expresa.

- La exigencia de la ley de comercio al por menor consiste en establecer un requisito subjetivo para el acceso a la condición de comerciante, pues sólo se permite tal acceso a quien tenga determinada experiencia o acredite ciertos conocimientos. Ello supone poner una traba o dificultad al ejercicio profesional¹¹⁶.

- Al establecer tal exigencia la ley no distingue entre los distintos tipos de mercancías a cuya venta el sujeto pueda dedicarse, y se establece por tanto, el mismo requisito (la misma experiencia o el mismo examen) para todas (a excepción, como sabemos, de los alimentos y los productos farmacéuticos, con requisitos especiales).

- La finalidad de la ley de ventas al por menor es ordenar el ejercicio profesional de la venta al pormenor [den Beruf des Einzelhändlers ordnen]. Más en concreto, su meta es que aumenten las prestaciones de la venta al pormenor [Sein Ziel ist eine Leistungssteigerung des Einzelhandels]. Además, la ley quiere impedir "que una ilimitada libertad de acceso convierta el comercio al por menor zu einem Ausweichplatz und Versuchsfeld für gescheiterte Existenzen und für unlautere Elemente"¹¹⁷. Con ello también se contribuirá a la protección de los consumidores, según repetidamente se insistió en los debates parlamentarios sobre la ley.

- Esas consideraciones del legislador no bastan para justificar las exigencias que la ley establece para el ejercicio profesional de los vendedores. Y ello, según el Tribunal, por las siguientes razones:

a) Tales exigencias no aportan una verdadera protección a los consumidores, ni desde el punto de vista de la salud ni desde el punto de vista económico. No aportan nada a la protección de la salud porque el vendedor generalmente no manipula los objetos que vende (no se olvide que la venta de alimentos y fármacos tiene regulación especial, que aquí no se discute). Beneficio económico para el consumidor podría haber si se procurara que no se vendieran mercancías defectuosas, que hubieran estado mal almacenadas o sobre las que no se asesora convenientemente al comprador. Pero para que esto pudiera alcanzarse sería preciso que la ley exigiera conocimientos específicos para cada rama de la venta al por menor, lo que no sucede.

b) Puede pensarse que el interés que se quiere proteger es el del sector profesional [Berufstand], con el fin de velar por su imagen o sus rendimientos. Pero el Tribunal descarta tal posibilidad como justificación, pues en la persecución de ese objetivo -en sí legítimo- el legislador habría rebasado los límites del principio de proporcionalidad. ¿Por qué? Porque la ley no discierne entre los distintos conocimientos que pueden ser necesarios o convenientes en cada rama del comercio al pormenor. Y, en particular, no tiene en cuenta que para la venta mediante máquinas automáticas no hacen falta especiales conocimientos comerciales¹¹⁸.

c) Un vendedor sin los conocimientos necesarios acabaría perjudicando a su negocio, por lo que él es el principal interesado en conseguir esa buena formación que le lleve al éxito profesional. Así que ya se procurará él esos conocimientos por la cuenta que le tiene, y sin necesidad de que la ley se lo imponga; si no, él será quien cargue con las consecuencias. No puede invocarse el interés de los consumidores, dice el Tribunal, como razón para imponer al vendedor unas capacidades cuya ausencia sólo le perjudicará a él¹¹⁹.

¹¹⁶ ¿Es una traba al ejercicio de una profesión el exigir que se acredite la "profesionalidad" necesaria para ejercerla, es decir, que se poseen las condiciones requeridas para su buen desempeño? ¿Se diría lo mismo de la exigencia de que quien quiera ejercer como fontanero o ingeniero muestre un título y/o supere algún examen?

¹¹⁷ Aquí está citando el Tribunal un informe oficial.

¹¹⁸ No es mi objetivo aquí criticar o descalificar la Sentencia, cuyo fallo he dicho que me parece perfectamente admisible. Sin embargo, puede merecer la pena reparar en lo convincente o no de los argumentos que emplea. Respecto de este último podríamos preguntarnos: ¿acaso quien vende tabaco mediante una máquina automática no determina la calidad del producto que ofrece, su posible carácter defectuoso o no, el modo de su almacenamiento previo, el tratamiento que se le da o la manera como se manejan los paquetes, etc., etc? No podemos pensar, por ejemplo, que si es incompetente ese vendedor, el consumidor obtendrá a menudo de la máquina paquetes de tabaco con cigarrillos rotos, húmedos, viejos, resecos, etc.?

¹¹⁹ Otra pregunta se impone aquí: ¿Y qué pasa con los consumidores que sean víctimas de la torpeza o inexperiencia de ese vendedor antes de que quiebre o aprenda a llevar bien su negocio? Curiosísimo razonamiento cuando parecía que lo único que preocupa al Tribunal es si hay o no protección del consumidor.

d) A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los artesanos, no cabe hablar de un interés común de los vendedores al por menor en mejorar sus capacidades y rendimientos (Leistungsfähigkeiten), dada la enorme diversidad de ramas y modos de actividad que encierra la venta al por menor. La ausencia de ese interés común hace que no pueda justificarse en el beneficio para él la limitación del derecho al libre ejercicio profesional.

Analicemos conjuntamente lo dicho en estos últimos párrafos. En ellos hemos visto que el legislador expresamente mencionaba unos fines queridos por el legislador (que la venta al por menor no sea refugio para buscadores de suerte más o menos desaprensivos y que las prestaciones sean las mejores; de resultados de esos fines también mejoraría la protección del consumidor). Pues bien el Tribunal pasa a fin principal ese último, que para el legislador era meramente un fin derivado, no argumenta nada sobre si una venta al por menor mejor ordenada repercutirá en mejor situación para los consumidores, pasa completamente por alto el asunto de impedir el acceso a posibles "aventureros" y acaba por señalar que si un vendedor es incompetente peor para él, pues no perjudicará al consumidor, sino a sí mismo. Bien claro queda, me parece, que esta batalla retórica está ocurriendo en el nivel de la interpretación teleológica, que ahí el Tribunal procura llevar la interpretación de la norma al fin que para ella quiere atribuirle, la protección de los consumidores, y que ese propósito va unido al deseo de mostrar que la norma no sirve en modo alguno¹²⁰ para alcanzar ese fin.

En resumen, lo que el Tribunal ha hecho es una interpretación teleológica de la norma, a tenor de la cual dicha norma no puede tener racionalmente más que un fin, la protección de los consumidores, protección amparada por un principio constitucional. Como, según el Tribunal, dicho fin no se realiza *ni en el más mínimo grado* con las medidas dispuestas por la norma (es decir, como la norma es totalmente ineficaz para su fin¹²¹), dicho fin no puede servir como justificación de la limitación del derecho al libre ejercicio profesional. En otros términos, como la norma no es idónea para reportarle ningún beneficio al principio de protección de los consumidores, es inconstitucional por su limitación del mencionado derecho. Ha recaído juicio negativo de idoneidad.

Pero *ese juicio será convincente sólo si son convincentes las premisas en que se asienta*: (i) que a la norma no puede ser teleológicamente interpretada asignándole un fin distinto (o complementario) que sirva también a un principio constitucional. Y (ii) que es verdad que en *nada* mejora con esa norma la protección de los consumidores.

A mí lo segundo me parece sumamente dudoso y lo primero bastante discutible. Y si tales dudas son mínimamente fundadas, fundada queda la tesis que queríamos defender: que el juicio de idoneidad es totalmente tributario de la previa interpretación de la norma cuestionada, y ello en un doble sentido: (i) tributario del fin que, de entre los posibles, se asigne en concreto a la norma; y (ii) tributario de la prospección o cálculo que se haga de las consecuencias que la aplicación de la norma puede tener en relación con ese fin.

Si dejamos fuera de nuestro campo de atención todo esto y atendemos sólo al juicio final de idoneidad, dando por buenas sin discusión, como si fueran perfectamente evidentes, las premisas de dicho juicio, dejamos de atender a lo esencial y miramos sólo a lo secundario. Igual que hacían los formalistas ingenuos del siglo XIX. La diferencia sería sólo de lenguaje: aquéllos entendían la decisión jurídica como cálculo o mero silogismo; hoy los partidarios de la doctrina de la ponderación la entienden (al menos en los casos de conflicto entre principios) como puro pesaje, como medición. Unos y otros abominan de la interpretación y sus incertidumbres.

¹²⁰ No olvidemos que no estamos ante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino ante el de idoneidad. Este último tiene que ser positivo sólo con que para a protección de los consumidores se siguiera *algún* beneficio de las medidas prescritas por la norma, aunque fuera mínimo. Y para que no pase la norma el juicio de idoneidad el Tribunal tiene que esforzarse en demostrar que no hay ni el más mínimo beneficio para ese fin. Y es lo que está haciendo, como vemos.

¹²¹ Insisto, si se reconoce a la norma algún grado de eficacia en el logro de ese fin, que es un fin amparado por un principio constitucional, la norma pasaría el test de idoneidad y, con los esquemas de la ponderación, ya sólo podría ser atacada a la hora de pasar el test de proporcionalidad en sentido estricto.

2.2. Sobre el subprincipio de necesidad. Análisis de BVerfGE 95, 173 - Warnhinweise für Tabakerzeugnisse.

En este apartado defenderé que el uso del subprincipio de necesidad está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia.

Caso.- Varias industrias que fabrican y distribuyen cigarrillos y tabaco en diversos formatos recurren al BVerfGE solicitando que se anule la normativa que las obligaba a estampar en los paquetes de cigarrillos o de tabaco de liar las inscripciones siguientes. Por un lado, "Los Ministros de la Comunidad Europea: fumar es peligroso para la salud"; por otro, una de estas dos leyendas: "fumar provoca cáncer" o "fumar provoca enfermedades cardiovasculares". Dicha normativa, toda ella trasposición de directivas europeas, regula también el tamaño de dichas inscripciones, el tipo de fondo sobre el que han de figurar, etc.

Las industrias recurrentes alegan que se vulneran principalmente tres de sus derechos fundamentales: libertad de expresión, libertad de empresa y ejercicio profesional y propiedad. El Tribunal rechazará sus argumentos y considerará que no hay tales vulneraciones y que, en consecuencia, tal normativa es perfectamente constitucional.

Alexy invoca en el *Epílogo* esta Sentencia como ejemplo del funcionamiento de la regla de proporcionalidad en sentido estricto y lo ve como un supuesto de aplicación perfectamente clara y evidente de tal regla y, por tanto, de resultado evidente y poco menos que indiscutible. Esto es lo que dice¹²²: "It is easy to find examples in which rational judgments are possible about intensity of interference and degrees of importance, such that an outcome can be rationally established by way of balancing. The duty of tobacco producers to place health warning about the dangers of smoking on their products is a relatively minor interference with freedom of profession. By contrast, a total ban on all tobacco products would be a serious interference". Visto así parece de lo más convincente y obvio¹²³, pero sólo si no caemos en la cuenta de que puede haber alternativas para conseguir el mismo grado de protección de la salud de los consumidores que acarreen aún menor limitación de los derechos de los fabricantes, o incluso ninguna limitación, con lo cual dejaría de ser procedente la aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto, ya que habríamos mostrado que no se cumple una condición previa: la regla de *necesidad*. Y patente quedará entonces que también la aplicación de la regla de necesidad queda al albur de las alternativas de intervención en los derechos fundamentales que el juzgador quiera plantearse; es decir, que una limitación de un derecho fundamental resulta que se juzga justificada por la regla de necesidad cuando el juez no se plantea, no incluye en su análisis, opciones menos dañosas para ese derecho, pudiendo haberlas. Veremos todo esto con calma a lo largo de este análisis de esta Sentencia.

Lo que nos proponemos hacer aquí, al analizar la Sentencia, es mostrar que no hay tal carácter indiscutible ni tal evidencia y que, por tanto, hasta en casos como éste, supuestamente fáciles, la llamada ponderación no es sino una valoración que puede ser tan aceptable o inaceptable como su contraria, pues no goza de más ventaja que una ventaja que no es epistémica, sino práctica: es la valoración preferida por el Tribunal. En otros términos, la relación entre dos magnitudes, m^1 y m^2 , que un sujeto S considera perfectamente proporcionada, otro sujeto S' puede verla como clarísimamente desproporcionada. Todo depende de dos factores: i) la valoración que S y S' hagan¹²⁴ de m^1 y m^2 . ii)

¹²² *A Theory of Constitutional Rights*, p. 402.

¹²³ De hecho, Alexy añade unas líneas más adelante que "If in this way the intensity of interference is established as minor, and the degree of importance of the reason for the interference as high, the outcome is easy to see. The weighty reason for interference justifies the minor interference" (402). Y llega a afirmar que "This outcome of examining proportionality in the narrow sense is not merely plausible..., it can well be described, along with the Federal Constitutional Court, as 'obvious'".

¹²⁴ No debería ser necesario pararse en buscar ejemplos, pero hagámoslo. Pensemos en un conflicto entre libertad religiosa y principio de aconfesionalidad (o de laicidad) del Estado, conflicto surgido a raíz de la prohibición de que los estudiantes de las escuelas públicas acudan a clase con velo, o con crucifijos al cuello. Para unos la manifestación de la propia fe tiene que poder contar infinitamente más que cualquier criterio de organización de lo público; para otros las reglas de la convivencia pública deben imperar sobre las cuestiones de fe, que pertenecerían exclusivamente al ámbito de la conciencia y lo privado. En función de esa base ideológica personal se juzgará proporcionada o desproporcionada la prohibición del velo o crucifijo.

Las alternativas que sepan o quieran plantearse a la hora de organizar la interrelación entre m^1 y m^2 . Veremos cómo es posible presentar una alternativa protectora de m^1 como la menos dañosa para m^2 de todas las posibles y cómo ese juicio está condicionado no sólo por la *valoración* de la importancia del daño, sino también por la capacidad o voluntad para introducir el análisis de otras alternativas, también posibles.

En resumen, que si mostramos que ni siquiera funciona la ponderación como vía para establecer "un resultado de forma racional" en estos casos que Alexy considera fáciles, estaremos poniendo de relieve que no puede haber tal funcionamiento fácil y racional, evidente, en ningún caso.

Análisis de la Sentencia.

En pro de la brevedad no nos detendremos en los argumentos sobre la posible vulneración del derecho de propiedad (Art. 14 aptdo. 1 LF), pues no son muy elaboradas las alegaciones de los recurrentes al respecto y el Tribunal las despacha con un par de frases¹²⁵. No digo que no pudiera haber un examen minucioso desde este punto de vista, sino que aquí no lo intentaremos. Así que nos quedamos con los otros dos derechos, el de libertad de expresión y el de libertad de empresa y ejercicio profesional, aducidos como vulnerados por la norma legal que obliga a las inscripciones en los paquetes de tabaco.

a) Libertad de expresión (Art. 5 Abs. 1 LF).

Los recurrentes alegan lo siguiente:

- La libertad negativa de expresión [negative Meinungsäusserungsfreiheit] garantiza que nadie puede ser obligado a manifestar una determinada opinión. Los fabricantes de tabaco son obligados a poner en los paquetes una opinión que no es la suya y con la que discrepan.

- Aunque una de las inscripciones vaya precedida de la fórmula "Los Ministros de la CEE:" y con ello se quiera hacer ver que es la opinión de éstos y no la de los productores la que se expresa, cualquier sujeto debe estar protegido de la obligación de expresar opiniones ajenas.

- Muchos consumidores, pese a todo, entienden que las inscripciones reflejan la opinión de los propios fabricantes, como muestran encuestas que se aportan.

- Esas opiniones que se obliga a expresar son, además, erróneas, pues presentan el tabaco como "monocausalidad" de dichas enfermedades, lo cual no está demostrado.

Frente a esto, el Tribunal argumenta que el conflicto no se da con la libertad de expresión, sino con la libertad profesional, y ello por las siguientes razones:

- La libertad de expresión de los fabricantes se vería dañada por la medida estatal si ésta interfiriera en la publicidad de sus productos, pero no es ése el caso. El Estado se sirve de los paquetes sin afectar a la expresión publicitaria de los fabricantes y, por tanto, sin interferir en la formación o expresión de las opiniones de los fabricantes, sino sólo en su ejercicio profesional¹²⁶.

- Distinto sería si los avisos no aparecieran claramente como expresión de una opinión ajena, no propia de los fabricantes. Pero como tal cosa no ocurre, no se puede decir que hay violación de la libertad de expresión porque se les obligue a manifestar como propia una opinión ajena. Raramente se podrá pensar que los fabricantes comparten esa opinión que el aviso expresa, y las encuestas que aportan no acreditan tal cosa.

¿Acaso el principio de ponderación, con sus subprincipios, puede mostrar quién tiene verdaderamente razón o quién tiene más razón? Creo que sólo enseña cuáles de esas razones pesan más para los miembros del Tribunal que decida.

¹²⁵ El argumento clave del Tribunal al respecto se encierra en las siguientes palabras: "Die Pflicht zum Aufdruck von Warnhinweisen mindert zwar die Umsatz- und Gewinnchancen der Beschwerdeführerinnen, berührt aber insoweit keine eigentümlich geschützten Rechte. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen..., umfasst also grundsätzlich nicht in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten".

¹²⁶ Este argumento es muy curioso y suena considerablemente artificioso, por lo que conviene reproducirlo íntegro: "Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ... kann für eine Wirtschaftswerbung allenfalls in Anspruch genommen werden, wenn die Werbung einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat o der Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen... Daran fehlt es hier. Soweit die Hersteller von Tabakerzeugnissen auf ihren Packungen auch staatliche Warnungen verbreiten müssen, nimmt der Staat diese Packungen in Anspruch, ohne damit die Werbung im übrigen zu beeinträchtigen. Insoweit ist nicht die Meinungsbildung und Meinungsäußerung der Unternehmen, sondern ausschliesslich deren Berufsausübung berührt".

- Dichas inscripciones son una condición puesta por el Estado para la venta de cigarrillos y tienen como fin hacer conscientes a los consumidores, en el momento de comprar y consumir, de la dañosidad [Schädlichkeit].

Así pues, vemos que en este caso el razonamiento *no es ponderativo*, pues el Tribunal excluye que quede en modo alguno dañado o limitado el derecho de libertad de expresión. No hay nada que ponderar pues el derecho a la salud, justificación de la medida estatalmente impuesta, no entra ahí en conflicto con la libertad de expresión.

b) Libertad profesional (Art. 12 Abs. 1 LF).

Los recurrentes alegan que las inscripciones de advertencia suponen regulaciones del ejercicio profesional que atentan contra el principio de proporcionalidad porque son falsas e inducen a error ["Die Warnhinweise stellten Berufsausübungsregelungen dar, die gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstieessen, da sie falsch und irreführend seien"]. En la Sentencia no se recoge nada más que esta frase como alegación de los recurrentes sobre la vulneración de este derecho, pese a que la Sentencia estima que ahí radica el único verdadero conflicto entre derechos en este caso.

La Sentencia razona del siguiente modo sobre este conflicto de derechos.

- Las intromisiones en el derecho de libertad profesional protegido por el art. 12 aptdo. 1 LF necesitan, conforme al apartado 2 de ese mismo artículo, una base legal. A su vez, esa base legal debe reunir dos requisitos: tener fundamento suficiente en consideraciones de bienestar general [durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden] y respetar el principio de proporcionalidad [Grundsatz der Verhältnismässigkeit], lo que se traduce en que el medio elegido para ese fin perseguido sea adecuado y necesario, y que en una ponderación de bienes entre la gravedad de la limitación y el peso del motivo justificatorio no se rebase el límite de lo admisible [wenn also als gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Güterabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist]. Ahí tenemos una formulación canónica de las reglas de la ponderación entre principios, tal como Alexy la propugna y la jurisprudencia constitucional supuestamente las aplica.

Añade el Tribunal que tales requisitos aparecen aquí cumplidos:

- Que el tabaco es dañino para la salud, que puede producir las enfermedades aludidas tanto a los fumadores como a los no fumadores y que puede ser causa única de ellas, estaría hoy científicamente demostrado, y el Tribunal hace varias citas de autoridad al respecto.

- La advertencia de tales peligros forma parte de las legítimas tareas del Estado, el cual, al establecer la obligación de dichos avisos de advertencia, pone a los consumidores en situación de reflexionar una vez más sobre las posibles consecuencias de su acción.

- Dichas advertencias son adecuadas para, como mínimo, hacer que el fumador no consuma tabaco sin prevención ninguna y sin saber a lo que se arriesga.

Queda pues, satisfecha la regla de *adecuación*. Ahora toca ver si también se cumple la regla de *necesidad*.

- El Tribunal es aquí contundente: "La advertencia es también necesaria. Una posibilidad de protección contra los peligros derivados del fumar que sea menos dañina ni ha sido presentada ni es imaginable" [Die Warnung ist auch erforderlich. Eine schonendere Möglichkeit zum Schutz gegen die vom Rauchen ausstehenden Gefahren ist weder dargetan noch ersichtlich]. Con esta frase queda *dogmáticamente* sentado que no le cabe al Estado ninguna otra manera de alcanzar idéntico grado de protección de la salud de los consumidores (y los no consumidores) de tabaco y que sea menos dañina para la libertad profesional de los fabricantes. ¿Es realmente así? ¿Es inevitable estar de acuerdo con la verdad y evidencia de tal afirmación? El Tribunal la refuerza diciendo que sí cabe imaginar una medida más eficaz para proteger la salud: la prohibición total de venta de tabaco. Pero que en comparación con la medida que analizamos esa y todas las demás alternativas imaginables son más gravosas para el derecho de los fabricantes a su libertad profesional. Y renovamos nuestra pregunta: ¿verdaderamente no son imaginables medidas de igual o superior eficacia protectora de la salud y que no interfieran, o interfieran menos, con tal derecho de los fabricantes? El Tribunal (y Alexy) dice que es obvio que no. A nosotros nos parece que sí. Enumeremos algunas, a bote pronto:

i) Elevar, incluso elevar mucho, los impuestos sobre el tabaco.
ii) Realizar duras, constantes y persistentes campañas de publicidad financiadas con medios públicos. Es lo que se hace para aumentar la seguridad del tráfico, en lugar de obligar a los fabricantes de automóviles a venderlos con una bien visible inscripción en su carrocería que diga "los coches matan", o algo por el estilo.

iii) Prohibir la publicidad del tabaco.

¿Acaso cualquiera de estas medidas no podría ser igual de eficaz para disuadir al consumidor y, sin embargo, nada o casi nada dañina para el derecho de los fabricantes?

Con todo esto no quiero decir que yo esté en contra de las inscripciones mencionadas en los paquetes de tabaco, ni que opine que la norma que las impone es inconstitucional. Lo que pretendo dejar claro es lo endeble del razonamiento con el que el Tribunal fundamenta dicha constitucionalidad, consecuencia de lo poco demostrativas y convincentes que son las argumentaciones ponderativas. Si la imposición legal de las inscripciones de advertencia es constitucional porque resulta necesaria para el fin legítimo que persigue, ya que no cabe concebir una medida que proteja lo mismo el derecho a la salud dañando menos la libertad profesional, dicha constitucionalidad es sumamente endeble y se ataca simplemente con invocar medidas alternativas que sean evidentemente menos dañosas.

A Alexy le parece un caso fácil de aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto porque sin examen ni crítica da por buena la afirmación del Tribunal de que todas las alternativas imaginables son más perjudiciales para la libertad profesional de los fabricantes. Pero lo que en realidad este caso nos muestra es que *la regla de necesidad está siempre al albur de la imaginación*: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímelmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada. Y raro será que tal imaginación de una medida mejor no sea posible. Así que el juicio de constitucionalidad dependerá por completo de lo rica que sea o deje de ser la imaginación del Tribunal. El juicio de necesidad depende de la imaginación del Tribunal. El de proporcionalidad en sentido estricto depende de sus preferencias valorativas.

Sinteticemos ahora todo esto tomando como muestra este caso.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto se da, según Alexy y la doctrina jurisprudencial, comparando los grados en que una determinada acción jurídica (A) (i) beneficia o favorece un derecho¹²⁷ d¹ y (ii) daña o perjudica otro derecho d². Cuando el daño para d² es mayor que el beneficio para d¹ dicha acción jurídica es inválida por contraria a la Constitución. Pero esa comparación de grados de beneficio/perjuicio de d¹/d² (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) sólo acontece cuando A ha pasado otros dos tests: el de idoneidad (verdaderamente A proporciona algún beneficio a d¹) y el de necesidad (no cabe una acción jurídica A' que reporte -al menos- el mismo beneficio para d¹ con menor daño¹²⁸ para d²).

No me ocuparé ahora del juicio de idoneidad, del que ya se habló en el apartado anterior. Del de necesidad ya ha quedado dicho que sería por definición provisional, pues en cualquier momento se invalidaría con sólo mostrar que cabe una alternativa A' menos dañosa para d², (siempre siendo el daño de d² menor que el beneficio de d¹).

Esa provisionalidad definitiva del juicio de necesidad contamina de incertidumbre también el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Esto se ve en la Sentencia que acabamos de presentar. En ella se afirma que la medida de imponer las advertencias en los paquetes de tabaco (en adelante A) es menos dañosa que la otra alternativa posible, la de prohibir la venta de tabaco (A'). Satisfecho queda así el requisito de necesidad. A partir de ahí (y presupuesta también la idoneidad, que aquí no discutimos) ya toca que entre en juego el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, a tenor del cual, puesto que A implica un daño *leve* para d² (libertad profesional) y un beneficio *grande* para d¹ (protección de la salud), A es constitucionalmente admisible. La validez de tal aserto, aparentemente evidente, está condicionada por la aceptación de dos presupuestos, *no tan evidentes*:

¹²⁷ O un principio constitucional de otro tipo, pero dejemos esto último de lado en este momento, para no complicar innecesariamente el análisis.

¹²⁸ En realidad habría que decir con menor daño para d² o cualquier otro derecho que complementaria o alternativamente pudiera verse afectado. Pero entrar en este detalle, importantísimo, también complicaría demasiado el análisis en este momento.

i) Que la acción estatal para la protección preventiva de la salud es más importante que el libre funcionamiento de un mercado irrestricto. Yo estoy de acuerdo con tal idea, pero un ultraliberal (postura que también encaja dentro del pluralismo constitucionalmente establecido) podría argumentar que la acción estatal sobre el consumo y los mercados puede engendrar una cadena de consecuencias entrelazadas que, al final, acaben por desembocar en una ineficiencia económica que disminuya las posibilidades efectivas de protección real de la salud. Insisto, yo no pienso así, pero sí podría pensar así un Tribunal mayoritariamente integrado por ultraliberales económicos. Con esto quiero mostrar de nuevo que hasta en supuestos aparentemente tan evidentes como éste el resultado del juicio de proporcionalidad en sentido estricto sólo es evidente en apariencia, *sólo es evidente para los que comparten determinados valores*, no para los que profesan otros. En una sociedad libre y pluralista las evidencias compartidas son poquísimas, y en materia política y moral ninguna que no sea puramente formal o procedimental.

ii) Que no se introduzca un término de comparación nuevo, es decir, que se dé por bueno el juicio de necesidad, aunque sea fruto de una deficiente capacidad imaginativa o prospectiva. Porque ante una medida alternativa el juicio de proporcionalidad en sentido estricto podría dar el resultado opuesto, la inconstitucionalidad de A. Pensemos en que dicho juicio no se limitara a A, sino también a A' siendo ésta una medida legal de subida fuerte de los impuestos sobre el tabaco con el fin de disuadir de su consumo. Aceptado que el beneficio para d¹ pudiera ser como mínimo el mismo (cosa no difícil de aceptar, en mi opinión) y que el daño para d² no fuera leve (como en el caso de A), sino levísimo o nulo, habría que concluir que ambas medidas son, según la regla de proporcionalidad en sentido estricto, constitucionales; pero que en virtud de la regla de necesidad sólo A' lo es.

En resumen, la supuesta evidencia que convertiría, según Alexy, en perfectamente racional la ponderación realizada en esta Sentencia, brilla por su ausencia.

¿Qué tipo de razonamiento podríamos proponer como alternativo y mejor para un caso así? Se me ocurren dos posibilidades, tal vez complementarias.

i) Resignarse a que no hay un método racional para dotar de una mínima objetividad la decisión en estos casos, decisión eminentemente valorativa. Ante tal ausencia de método que garantice un resultado mínimamente racional y objetivo, sólo restarían ciertas pautas formales, del tipo de las siguientes:

- Las únicas evidencias y, por tanto, lo único que no puede contradecirse son las evidencias científicas, las lógicas o matemáticas y las de perfecto sentido común.

- Entre las anteriores están las evidencias semánticas, de modo que es "evidente" y como tal ha de aparecer en la decisión, que una disposición jurídica viola la Constitución cuando de ninguna forma la semántica (y ninguna forma admisible de semántica) permite hacerla compatible con los enunciados constitucionales.

- Cuando haya argumentos buenos, aceptables y susceptibles de un amplio consenso tanto para una como para otra de las alternativas en discusión, el Tribunal debe aplicar la regla del *self-restraint* o, lo que es lo mismo, el principio de prioridad del legislador. Este principio, a su vez, se justifica por su mayor coherencia con los principios estructurales o básicos del orden constitucional: soberanía popular, democracia, separación de poderes, pluralismo...

ii) Enfocar la decisión como razonamiento interpretativo/subsuntivo. Es decir, presentar la recíproca acomodación de los derechos en conflicto como resultado de la interpretación del contenido de (los enunciados en que se formula) cada uno de ellos, en lugar de como resultado de ponderaciones evanescentes y supuestamente objetivas.

Es lo que en esta Sentencia hace el Tribunal respecto a la libertad de expresión¹²⁹. En efecto, vimos que dice el Tribunal que la esfera de protección de la libertad de expresión no abarca los casos en que se obliga a un productor o vendedor a inscribir en su producto un mensaje con una opinión no falsa de otro, siempre y cuando que quede claro que esa opinión es de otro y no del que produce o vende el objeto. En la terminología más tradicional se podría decir que el Tribunal ha hecho a ese respecto una interpretación restrictiva del precepto que recoge la libertad de expresión, con lo que su

¹²⁹ Y también respecto del derecho de propiedad, aunque este punto no lo hemos desarrollado, tal como arriba advertimos.

ámbito de protección (la referencia del enunciado constitucional del art. 5 aptdo. 1 LF) no se extiende a este hecho de la inscripción obligatoria.

¿Cabría proceder del mismo modo en lo que tiene que ver con la libertad profesional? Sin duda ninguna. Bastaría con que el Tribunal hubiera hecho lo mismo: sostener y argumentar que el cumplimiento de la obligación de insertar tales avisos en los paquetes de tabaco no encierra ningún tipo de atentado al bien protegido por la libertad profesional¹³⁰, del mismo modo que no supone tal atentado el establecimiento de obligaciones como las de no rebasar un precio máximo del tabaco o pagar determinados impuestos por los beneficios derivados de las ventas. Y entre las ventajas de este tipo de razonamiento frente al ponderativo está la de que no queda a merced de la imaginación con que se haga el juicio de necesidad.

Nuevamente no quiero decir, para nada, que el tipo de razonamiento interpretativo/subsuntivo sea automático, evidente y ni siquiera sencillo. Tampoco que no tenga una base valorativa, con la consiguiente necesidad de argumentar, buscando la mayor convicción posible, aunque sea siempre inalcanzable la plena demostración. Sólo quiero decir que es un proceder menos engañoso que el ponderativo. Del razonamiento interpretativo/subsuntivo hace tiempo que la doctrina conoce perfectamente sus límites y sabe que no es posible en él una perfecta racionalidad y objetividad. En cambio, al aplicar los esquemas de la ponderación los Tribunales pretenden hacer uso de un método más seguro y objetivo. Pero, en realidad, las cosas suceden al contrario: el método ponderativo es aún más inseguro que el interpretativo/subsuntivo y, consiguientemente, encierra (y oculta) mayores grados de arbitrariedad bajo su apariencia de aplicación de reglas muy elaboradas, como las de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2.3. Sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Análisis de BVerfGE 86, 1 - TITANIC/"geb. Mörder".

Aquí defenderé que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto tiene su contenido determinado por las decisiones interpretativas previas, por lo que la relevancia práctica o real de dicha ponderación última es muy escasa y claramente subordinada.

Alexy la presenta como caso prototípico de utilización adecuada del método de ponderación, concretamente de aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto, según la cual "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"¹³¹.

Nosotros sostenemos dos tesis. Una de carácter general: las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos y tratados de las dos maneras. Y otra referida a esta Sentencia que se analiza: es más comprensible y aparenta mayor racionalidad (por ser más tangibles y más abiertamente analizables y argumentables los parámetros utilizados) si se reconstruye según un procedimiento interpretativo/subsuntivo que si se presenta, tal como hace Alexy, como ejemplo de aplicación del método de ponderación.

El caso¹³²

La revista satírica Titanic tenía una sección permanente titulada "las siete personalidades más lamentables" [Die sieben peinlichsten Persönlichkeiten]. En dicha sección era común que a los nombres de los aludidos les acompañara algún tipo de apelativo, a veces explicado en el propio texto. Varias veces el nombre del aludido iba acompañado de la expresión "geb. ...", traducible por

¹³⁰ Es decir, que tal hecho cae fuera de la referencia del art. 12. aptdo. 1 LF. Tal cosa, obviamente, no se constata (salvo en los casos muy fáciles), sino que ha de *argumentarse*, con argumentos interpretativos.

¹³¹ Epílogo, p. 31. (Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so grösser muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein" (Theorie der Grundrechte, p. 146).

¹³² Una presentación muy simplificada puede verse en Alexy, Epílogo, p. 34. Creo que es necesaria aquí una presentación más detallada de los hechos, a fin de poder entender los distinguidos argumentos que se manejan y su sentido.

"nacido..."¹³³. Hasta al presidente de la República se lo presentó así, "Richard von Weizsäcker (geb. Bürger)", en tono satírico¹³⁴.

Un oficial del ejército en la reserva y que está parapléjico por causa de un accidente de tráfico, consiguió, después de varias solicitudes e intentos, ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares. Argumentaba que su cabeza funcionaba perfectamente y que podía ser útil en tales ejercicios por sus conocimientos del idioma checo. El caso apareció en el periódico *Bild am Sonntag* como información curiosa. Titanic incluye a este hombre en la sección de los siete personajes más lamentables y se refiere a él con su nombre y el añadido "geb. Mörder", es decir, "nacido asesino".

No hay que perder de vista que había recaído poco antes la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en la que absolvía a quien había dicho públicamente que todo soldado es un asesino potencial [potentieller Mörder], y hasta el Presidente de la República había participado en la consiguiente polémica, defendiendo a los militares.

Dicho militar interpone demanda contra Titanic por daño a su honor. Titanic publica entonces, en la sección de "cartas al lector" una nota de la propia Redacción en la que, entre otras críticas, se llama al militar "tullido"¹³⁵ [Krüppel].

El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por las dos ofensas al honor. El *Bundesverfassungsgericht* considera que no hay tal ofensa al honor al apostrofarlo como "geb. Mörder", pero sí al llamarlo tullido.

La lectura que hace Alexy.

Alexy, tomando pie en una expresión utilizada por el propio BVerfGE en la Sentencia dice que dicho Tribunal "undertook a 'case-specific balancing' between the freedom of expression of those involved with the magazine (art. 5(1)(1) Basic Law) and the officer's general personality right (art. 2(1) in connection with art. 1(1) Basic Law). To this end -continúa Alexy- the intensity of interference with these rights was determined and placed in relationship with each other"¹³⁶. Según Alexy, en el primer caso (geb. Mörder) se considera que la condena de la revista a indemnizar es una limitación grave de la libertad de expresión, mientras que la afectación del derecho al honor tendría como máximo una afectación de grado medio, por tratarse de una sátira y ser una fórmula empleada también en otras ocasiones y con otros personajes. Así que, comparadas ambas magnitudes, el BVerfGE habría comprobado que la condena de Titanic resultaba "desproporcionada".

Y, siguiendo con Alexy, en lo referido a la segunda expresión cuestionada ("tullido") el Tribunal habría comprobado que se trata de una vulneración "very serious or extraordinarily serious" (P.404) del derecho al honor, pues es expresión humillante y que manifiesta falta de respeto. Así que, en este caso, la grave intervención en la libertad de expresión que supone la condena a indemnizar está compensada por la gravedad por lo menos idéntica del atentado contra el derecho al honor.

Reconstrucción de la Sentencia bajo esquema interpretativo/subsuntivo, prescindiendo de ponderaciones de principios.

De lenguaje y esquema ponderativo no hay en esta Sentencia más que el párrafo que menciona Alexy¹³⁷. En todo lo demás podemos leerla y reconstruirla como un caso perfectamente

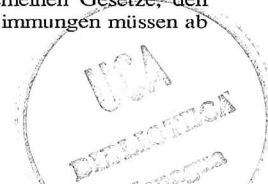
¹³³ Es común esta expresión en Alemania al referirse a las mujeres casadas, que toman el apellido del marido. Por ej., en la misma revista se hablaba de Desiree Becker, "geb. Nosbusch", y con ello se expresaba que el apellido de soltera de dicha señora era Nosbusch.

¹³⁴ "Bürger" significa "ciudadano".

¹³⁵ El texto dice lo siguiente, en traducción apresurada: "El hecho de que un tullido, en concreto usted, esté en disposición de prestar servicio en una organización, el ejército, cuya finalidad es convertir a hombres en tullidos o matarlos, es algo que nos pareció obsceno y que nos hizo nombrarle una de las siete personalidades más lamentables del mes de marzo. Encontramos odioso el hecho siguiente, que nos trae a la mente nuestras anteriores dudas sobre si usted estaría bien de la cabeza, y que consistió en que por medio de abogado nos reclama como indemnización más de cincuenta mil marcos porque "el peso jurídico y objetivo de la ofensa pública de nuestro mandante" "es mucho mayor" que si nos hubiésemos burlado de una persona sana. ¿O cómo llamaría usted la degradación jurídica de los sanos a personas de segunda clase? (...) Así que nos veremos ante el juez." [El texto original puede verse en p. 3 de la sent.].

¹³⁶ A Theory of Constitutional Rights, p. 403.

¹³⁷ Dice así (subrayo la parte que cita Alexy): "Die Meinungsfreiheit ist vom Grundgesetz allerdings nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern findet ihre Schranken nach Art. 5 Abs. 2 GG in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre. Diese Bestimmungen müssen ab



normal y habitual de interpretación/subsunción, uno de tantos. Hagamos primero una representación puramente esquemática y meramente aproximativa.

La situación normativa es la siguiente. Hay una norma constitucional (Art. 5 aptdo. 1, párrafo 1 LF) que consagra la libertad de expresión [Meinungsfreiheit]. Hay otra norma constitucional (Art. 5 aptdo. 2 LF) que establece como límites a tal libertad de expresión los que disponga con carácter general la ley, y la protección de la juventud y el honor de las personas¹³⁸. Podemos, pues, traducir simplícticamente esto del siguiente modo, en lo que aquí interesa:

Está permitida toda expresión que no atente¹³⁹ contra el honor de las personas.

En representación formal (x = cualquier expresión; h = honor; \neg = negación) :

(1) $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg h)$

La discusión versa sobre si "geb. Mörder" y "Krüppel" (que representamos indistintamente como "e") constituyen o no casos de atentados contra el honor. Ahora bien, "nacido asesino" y "tullido" no son o dejan de ser, sin más, atentados al honor; es decir no se subsumen automáticamente o de manera perfectamente evidente bajo la categoría de "expresiones atentatorias contra el honor". Son casos dudosos, caen en lo que habitualmente llamamos la zona de penumbra del enunciado normativo. De manera que habrá que concretar su adscripción o no a dicha categoría, mediante un razonamiento que es un razonamiento interpretativo y que sigue los esquemas habituales de éstos.

Se comienza por acotar categorías de grado de abstracción intermedio entre esos dos polos (los concretos calificativos "-nacido asesino", "tullido"- y el derecho al honor). Se usan aquí los dos siguientes: sátira e insulto¹⁴⁰. Una sátira no es un atentado contra el honor; un insulto, sí.

Una sátira (s) no supone un atentado contra el honor:

(2) $s \rightarrow \neg (\neg h)$

Lo que vale tanto como decir que es compatible con el respeto debido al honor.

(2') $s \rightarrow h$

En cambio, un insulto (i) sí daña el derecho al honor:

(3) $i \rightarrow \neg h$

Cabe, y es conveniente siempre que sea posible, definir mediante sus características esas categorías. Así veremos más abajo que hace el Tribunal con la noción de sátira. Así que si lo que define la sátira es la posesión de las notas (n) 1, 2 y 3, tenemos que

(4) $(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$

con lo que, por lo que ya sabemos

(5) $[(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s] \rightarrow h$

Pero tampoco es automática la calificación o subsunción de cualquiera de esas dos expresiones como sátira o insulto. De modo que hacen falta nuevos pasos en ese proceso de interpretación concretizadora. Con ese fin habrá que invocar diferentes circunstancias que operan en favor de una u otra opción. Tales circunstancias pueden ser de muy distinto tipo: semánticas, intencionales, históricas, sociológicas, etc., etc. Su fuerza es proporcional a su grado de evidencia y a la capacidad de convicción de su uso argumentativo¹⁴¹.

En un nuevo paso de este razonamiento interpretativo/subsuntivo, habrá que echar mano en la argumentación de esas circunstancias en favor o en contra de entender que las expresiones que se

er ihrerseits wieder im Lichte des eingeschränkten Grundrechts ausgelegt werden, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene zur Geltung kommt (vgl. BVerfGE 7, 198 (202f.) st. Rspr.). *Das führt in der Regel zu einer fallbezogenen Abwägung zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit und dem vom grundrechtsbeschränkenden Gesetz geschützten Rechtsgut*". Si se tratara de discutir con total minucia, podríamos decir que en la frase anterior a esta última en que habla de ponderación, habla también de interpretación. Y que o se trata de interpretar o de ponderar, con lo que una de las dos expresiones la utiliza el Tribunal en un cierto tono metafórico o meramente aproximativo.

¹³⁸ Como se ve, la situación es muy similar a la recogida en la Constitución Española en el art. 20.

¹³⁹ Entre otras cosas.

¹⁴⁰ Veremos que en el caso estos argumentos se hacen aún más complejos, pero en esta misma línea de razonamiento interpretativo.

¹⁴¹ Y estas dos magnitudes pueden contraponerse: a mayor evidencia, menor importancia de la fuerza argumentativa expresa; y a la inversa.

discuten ("nacido asesino", "tullido") sean sátiras o insultos. Si llamamos "c" a esas circunstancias, podemos representar así ese paso:

$$(6) [(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)$$

con lo que, en función de cómo despejemos s/i resultará que la expresión "e" está o no está permitida:

$$(7) [(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i) \rightarrow Pe/\neg Pe$$

Queda, pues, esquematizado así todo el proceso.

$$(1) Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg h)$$

$$(2) s \rightarrow h$$

$$(3) i \rightarrow \neg h$$

$$(4) (n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$$

$$(5) [(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3 \rightarrow s)] \rightarrow h$$

$$(6) [(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)$$

$$(7) [(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i) \rightarrow Pe/\neg Pe$$

Y vemos que a lo largo de este razonamiento en ningún momento se han ponderado o sopesado derechos, ni en abstracto ni a la luz de las circunstancias del caso. *Lo único que se sopesa son las razones que avalan cada paso en ese proceso de concreción interpretativa. Se sopesan razones interpretativas, es decir, razones para adscribir significados o, dicho de otra forma, razones para admitir que una determinada categoría encaja (se subsume) o no bajo la referencia de una categoría más general.* Así, (2) es resultado de valorar (ponderar) las razones por las que una sátira no se considera incompatible con el respeto al honor; (3) es el resultado de valorar (ponderar) las razones por las que se considera que un insulto atenta contra el honor; (4) es el resultado de valorar (ponderar) cuál es la mejor definición de sátira, cuáles son sus notas definitorias; (6) es el resultado de valorar (ponderar) la relevancia de las circunstancias concurrentes, a efectos de ver si estamos o no bajo una conducta que encaja o no bajo las categorías de sátira o insulto, definidas con arreglo al paso anterior, en su caso.

Bien claro queda, por tanto, que si hablamos de un procedimiento de carácter interpretativo/subsuntivo no es para referirnos a ningún proceder automático o puramente formal, sino a uno presidido, en lo material, por procesos valorativos, dentro de un marco de posibilidades semánticamente acotado. Pero tampoco se trata de que este proceder o el de la ponderación entre principios, al modo que propone Alexy, sean dos maneras de presentar lo mismo o no tengan más relevancia que la de divertimento intelectual. Mi tesis es que el rigor y los controles posibles son claramente distintos en un caso y otro. Pero eso lo fundamentaré en otro lugar. Baste aquí meramente mencionar algunas consecuencias: 1) No hay (o no tiene por qué haber) diferencia cualitativa entre decisiones en materia de conflictos entre derechos fundamentales o en cualquier otro caso de conflicto jurídico. 2) No hay diferencia cualitativa entre el tipo de normas que Alexy llama reglas y las que llama principios. 3) A los Tribunales Constitucionales no los especifica la aplicación de ningún método peculiar o propio. 4) Su diferencia, si la hay, con los tribunales de la jurisdicción ordinaria habrá que buscarla en otros lados, y posiblemente sea meramente competencial. 5) En consecuencia, no podrá ser la invocación de su método o perspectiva propios lo que sirva de pretexto a los Tribunales Constitucionales para ampliar sus competencias más allá de lo que es la dicción de las normas constitucionales o legales que se la atribuyen.

Vamos ahora a seguir, ya en concreto, los pasos de la Sentencia que comentamos. La tesis es, ya lo he dicho, que esta Sentencia responde al esquema interpretativo/subsuntivo que acabamos de dibujar, no a un modelo supuestamente alternativo de decisión ponderativa entre derechos.

Comencemos por las alegaciones de las partes.

El militar ofendido argumenta lo siguiente:

- La expresión "geb. Mörder" trata de despertar en los lectores la impresión de que él es un asesino nato, que posee una innata propensión a matar.

- La humillación está presente también en la insinuación de que tiene dañada su salud mental, insinuación que se repite, bajo diversas formas, en los dos números de Titanic.

- La expresión "tullido" es claramente peyorativa y está hecha con propósito de humillar y degradar al aludido.

- No cabe justificar dichas expresiones como sátira permitida. Es dudoso, en primer lugar, que se pueda hablar propiamente aquí de una sátira. La sátira se define como "eine Kunstform, in der sich der <<an einer Norm orientierte Spott über Erscheinungen der Wirklichkeit>> nicht direkt, sondern indirekt, durch die ästhetische Nachahmung eben dieser Wirklichkeit ausdrücke". Esa artificiosa deformación de la realidad falta en la publicación que se discute, en la que se refleja la realidad pero con propósito crítico y ridiculizador. En segundo lugar, no todo lo que se publica en una revista que se define como satírica y que se dirige a un lector que entiende el tono satírico es sátira por ese solo hecho.

- Aunque verdaderamente lo publicado mereciera el calificativo de sátira, y, con ello, se analice como obra literaria, no por ello deja de contener un grave atentado antijurídico contra los derechos de la personalidad. Ni siquiera a un escritor o un artista le está permitido degradar y humillar a otro en su obra.

- Lo determinante es la intención de burla y humillación con que los textos están escritos, lo cual se muestra a las claras con la elección de los términos usados.

Por su parte, la revista Titanic argumenta lo siguiente:

- En los textos prevalece claramente el carácter satírico-literario, por lo que están protegidos por la libertad artística.

- La comprensión de la sátira presupone un lector avezado al lenguaje satírico. Ese es el tipo de lector de Titanic y a él se dirige lo que la revista publica. Por tanto, el lector experto de sátiras entenderá que lo dicho del militar es pura sátira y no humillación o insulto. El lector de sátira sabe que en cualquier escrito satírico lo dicho no se toma al pie de la letra, sino que hay que entenderlo siempre cargado de exageración y adorno.

- No es cierto que la expresión "geb. Mörder" indique que el militar aludido tenga una propensión innata a asesinar, que sea un asesino nato. Se está aludiendo al oficio de los soldados, entrenados para matar, y todo ello en el contexto de la polémica anterior sobre si los soldados son asesinos potenciales.

- Las alusiones irónicas al estado mental del militar no pretenden calificarlo como demente, sino resaltar lo inusual e incomprensible de su pretensión de participar en unos ejercicios militares, pese a hallarse físicamente impedido. Esa opinión está amparada por la libertad de expresión, pues, bien entendida, no encierra una crítica injuriosa.

- En lo publicado como "carta al lector" la expresión "tullido", que en sí misma es rechazable, debe ser entendida en el contexto de la polémica sobre la Sentencia referida a los soldados (*Frankfurter Soldatenurteil*), a propósito de la que se discute si el oficio de soldado consiste en matar a otros o dejarlos tullidos.

Vemos que los argumentos de las partes se resumen así: el militar alega que no es sátira, sino expresión directamente ofensiva y atentatoria contra el honor, y que aunque fuera sátira tampoco dejaría de existir y ser relevante el atentado al honor, especialmente por ser injuriosa la intención de la revista; por su parte, Titanic argumenta que sí es sátira y no hay ninguna intención injuriosa, por lo que lo publicado queda plenamente amparado por la libertad de expresión.

Ahora veamos los argumentos del *Bundesverfassungsgericht*, con los que va a sostener que la expresión "geb. Mörder" es admisible, pues no atenta contra el derecho al honor, y que el calificativo "tullido", en cambio, si es ilícito, pues vulnera tal derecho. Estos son los argumentos:

- La publicación primera tiene los caracteres de la sátira. Ahora bien, por el hecho de ser satírica ya no está, sin más, amparada una publicación por el la libertad de expresión. "*Satire kann Kunst sein; nicht jede Satire ist jedoch Kunst*". La libertad artística [*Kunstfreiheit*] sólo protege a la sátira que sea arte, no a la que es un simple medio expresivo de opiniones o críticas.

- A las expresiones que se acogen bajo la libertad de expresión no se les puede atribuir ningún contenido o significado que manifiestamente el autor no les atribuiría.

- El establecer sanciones, tanto penales como civiles, para las expresiones tiene un efecto preventivo y disuasorio, y disminuyen la disposición a hacer uso en el futuro del derecho a expresarse libremente ["... präventive Wirkungen zu entfalten, das heisst in künftigen Fällen die Bereitschaft mindern können, von dem betroffenen Grundrecht Gebrauch zu machen"]. Ése es el peligro que aquí existe: una revista satírica como Titanic puede ser obligada a dejar su actividad si los jueces desconocen el alcance de la libertad de expresión y la limitan demasiado, sancionando por cada uso de la sátira propiamente dicha.

- Los caracteres de la sátira son "Übertreibung, Verzerrung und Verfremdung".

- El *Oberlandesgericht* ha considerado que las dos expresiones que aquí se discuten atentan contra el honor y ha obligado a Titanic a indemnizar por las dos. En este recurso [Verfassungsbeschwerde], interpuesto por Titanic, el BVerfGE se plantea así su propia tarea, y después de lo que ha dicho y hemos recogido: se ha de examinar si el *Oberlandesgericht* en su decisión ha tenido suficientemente en cuenta el sentido y el carácter del texto, y también se ha de investigar si el Tribunal ha calificado inadecuadamente las publicaciones como injuria formal o crítica insultante, con la consecuencia de que no gozarían del mismo grado de protección del derecho fundamental que si fueran expresiones que pudieran ser vistas como juicio de valor sin carácter injurioso o insultante ["Die Prüfung erstreckt sich deshalb darauf, ob das Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung dem Sinn und der Eigenart des Textes ausreichend Rechnung getragen hat. Untersucht werden muss auch, ob das Gericht die Veröffentlichungen unzutreffend als Formalbeleidigung oder Schmähkritik mit der Folge eingestuft hat, dass sie dann nicht im selben Masse am Schutz des Grundrechts teilnehmen wie Äusserungen, die als Werturteil ohne beleidigenden oder schmähenden Charakter anzusehen sind"].

Es de suma importancia reparar en este párrafo. En él se aprecia que el Tribunal esta aplicando una "lógica" puramente binaria, que su planteamiento es de tipo "o...o..." (entweder...oder...), no una "lógica" ponderativa. Lo que nos dice el Tribunal es: i) Que o se trata de atentados contra el honor, en cuyo caso son ilícitos por definición y es adecuada la sanción, o no se trata de atentados contra el honor, en cuyo caso son lícito ejercicio de la libertad de expresión. ii) Que siempre y por definición hay atentado contra el honor cuando se está ante injurias (Formalbeleidigung) o ante críticas insultantes (Schmähkritik). iii) Que, en cambio, no atentan contra el honor los meros juicios de valor, aunque sean críticos, cuando no tienen ese carácter injurioso o insultante. iv) Que una expresión *o cae bajo uno o bajo uno o bajo otro de tales conjuntos* (injuria y/o insulto vs. juicio de valor no injurioso ni insultante), pero que no caben combinaciones intermedias; que son conjuntos sin elementos comunes. v) Que lo que el Tribunal Constitucional tiene que hacer al resolver recursos como éste es ver si el Tribunal de instancia ha realizado correctamente la adscripción de las expresiones en cuestión a uno u otro de esos dos conjuntos. Por tanto, si una expresión "e" daña el derecho al honor, no es en modo alguno ejercicio del derecho de libertad de expresión; y si esa expresión "e" es ejercicio del derecho de libertad de expresión no es en modo alguno atentatoria contra el derecho al honor. *Tertium non datur*¹⁴².

¹⁴² Así es siempre que la relación entre los derechos fundamentales se plantea en los siguientes términos: d¹ está limitado por d². Así es como ocurre con la relación entre la libertad de expresión (e información) y el derecho al honor (y otros, como la protección de la infancia) tanto en Alemania como en España. Por eso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre este asunto no hay tampoco ni rastro de lo que propiamente merezca el nombre de ponderación (véase mi trabajo "Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares", especialmente pág...). El esquema de razonamiento en estos casos es siempre interpretativo/subsuntivo, a partir de una norma cuya estructura, como ya se ha dicho es: $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$. "x" vale por expresión/información e "y" vale por "honor" o "protección de la infancia", por ejemplo. De esta manera vemos que el derecho al honor o el derecho de la infancia a la protección están configurados como derechos absolutos (Oy). Por tanto, no pueden ser limitados en modo alguno. Cuando una expresión "e" se considera constitucionalmente permitida es porque se entiende que de ninguna manera daña el derecho al honor de un sujeto o el derecho de la infancia a su protección. Ésa es la razón por la que, como en esta misma Sentencia dice el *Bundesverfassungsgericht*, una interpretación maximalista o extensiva del derecho al honor, por ejemplo, llevaría a que nada negativo o crítico se pudiera decir de cualquiera y, con ello, a la práctica inhabilitación de la libertad de expresión.

Que esto es así se ve aún mejor si trabajamos con el derecho de la infancia a la protección. Con un enfoque ponderativo sería admisible el contenido del siguiente enunciado: "cuando el derecho de un niño a la protección sufra un daño de grado medio y, en el caso, la libertad de expresión se beneficie en un grado alto, debe prevalecer la libertad de

Así pues, nada más lejos de los planteamientos ponderativos. Con un enfoque ponderativo el razonamiento sería así: i) la expresión "e" supone ejercicio de la libertad de expresión y, *al mismo tiempo*, supone daño para el derecho al honor; ii) dicha expresión "e" es lícita siempre y cuando que el beneficio para la libertad de expresión sea mayor que el daño para el derecho al honor; iii) la operación mediante la que se establece esa proporción daño/beneficio entre los dos derechos se llama ponderación; iv) la ponderación se hace caso por caso y su metro son las circunstancias del caso concreto.

Sigamos con los pasos del razonamiento de la Sentencia.

- La libertad de expresión tiene sus límites, según el art. 5.2 LF en lo que disponga la ley, en la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. Pero a su vez estos límites deben ser "interpretados" a la luz del derecho que limitan, cuyo valor orientativo se hace valer en el plano de la decisión. "Esto conduce por regla general a una ponderación casuística entre el derecho a la libertad de expresión y el bien jurídico protegido por la ley limitadora de tal derecho fundamental". A este párrafo ya me he referido anteriormente.

- En lo que se refiere a la expresión "geb. Mörder", la decisión del *Oberlandesgericht* debe ser corregida, pues no ha hecho justicia al carácter satírico de tal expresión. En favor de ese carácter de sátira operan los siguientes argumentos:

a) Tiene las notas definitorias de la sátira.
b) La expresión aparece dentro de una rúbrica permanente y en la que siempre se procede así.
c) El lenguaje es el habitual, de tono chistoso y que pretende hacer reír, fin este que es el típico de la sátira.

d) El uso en otros momentos en la misma sección de la expresión "nacido..." demuestra que su propósito no es ofensivo, sino cómico.

e) En el contexto del momento estaba la discusión jurídica sobre si se podía llamar o no a los soldados "asesinos potenciales" (*potentielle Mörder*).

f) Para ver si una sátira encierra un propósito insultante o injurioso no se pueden tomar sus expresiones al pie de la letra, sino que tienen que ser desvestidas (*Entkleidung*) de su definitorio componente de exageración o caricatura. Ahí es donde el *Oberlandesgericht* yerra, pues toma la expresión "geb. Mörder" al pie de la letra, como si necesariamente significase asesino nato.

Así pues, la *conclusión* es que dicha expresión *no produce daño al honor, no que el daño sea pequeño, leve, poco relevante, etc.* Dicha conclusión depende de la citada cadena de interpretaciones previas, no de una ponderación de grados de afectación positiva o negativa de los derechos.

- En lo que se refiere a la expresión "tullido" (Krüppel), la solución es diferente: sí hay daño al honor y *por tanto*, no puede tratarse de ejercicio lícito de la libertad de expresión, por lo que acertó aquí el *Oberlandesgericht*. Los argumentos son los siguientes:

a) "Krüppel" es una expresión que no meramente se usa para describir la condición de inválido o impedido, o para designar al físicamente deforme, como se hacía en siglos pasados. Hoy en día calificar a alguien como tullido se entiende como "Demütigung", como degradante, equivale a minusvalorarlo ("Er wird damir zum minderwertigen Menschen gestempelt"). Ese cambio de significado se aprecia si se tiene en cuenta que también se usa la expresión para insultar o degradar a quienes no tienen ningún tipo de defecto físico.

expresión". Todos diríamos, en cambio, que el enunciado es jurídicamente inaceptable, pues ningún atentado contra el derecho de un niño a la protección puede justificarse con el beneficio para la libertad de expresión. Pues bien, lo mismo ocurre con el derecho al honor. Otra cosa es que los contenidos precisos del derecho al honor o del derecho de los niños a la protección deba establecerse por vía de *interpretación* de los correspondientes enunciados constitucionales, interpretación con propósito generalizador y no meramente de justicia del caso concreto; y que dicha interpretación debe tener un carácter sistemático, tomando en cuenta simultáneamente el sentido posible de todos los derechos en juego (aquí, libertad de expresión, de información, etc.) y buscando la coherencia del resultado final, de manera que la interpretación maximalista o totalmente extensiva de uno de los derechos no lleve a la práctica eliminación de algún otro.

Cuestión interesante es averiguar si el mismo esquema se aplica a la relación entre todos los derechos fundamentales, y a sus posibles conflictos, o si es peculiar de la relación entre la libertad de expresión/información y los derechos que la limitan.

b) La lectura de la "carta al lector" muestra que la intención era calificar con ese término degradante al demandante, no a los soldados en general ni a ningún grupo.

c) No puede servir como disculpa el que se tratara de una reacción frente a la demanda de indemnización por el reportaje anterior, pues nada había en tal demanda de agresivo o insultante.

En resumen conjunto, la expresión "geb. Mörder" no atenta contra el honor del demandante y es, por lo tanto, ejercicio lícito de la libertad de expresión, porque: i) objetivamente no es insultante o injurioso; ii) porque no existía (o no está acreditada) una intención ofensiva o degradante. En cambio, la expresión "Krüppel" sí atenta contra el honor del demandante y no es, por tanto, ejercicio lícito de la libertad de expresión, porque: i) sí es objetivamente insultante, a tenor del significado que ha alcanzado y con el que suele usarse en nuestros días; ii) ha sido proferida con intención vejatoria.

3. La esencial intercambiabilidad del método subsuntivo y el ponderativo.

Ahora pretendo poner de relieve, de modo más sistemático, que el método subsuntivo y el ponderativo son intercambiables en cada caso (o al menos en cada caso mínimamente difícil), sea de legalidad estricta o de constitucionalidad; y que ambos, por tanto, pueden ser indistintamente usados tanto por los tribunales ordinarios como por los tribunales constitucionales. En el trasfondo late también mi opinión de que el uso del método subsuntivo (subsuntivo/interpretativo, como lo vengo llamando, para mayor precisión) es más apto para que los tribunales cumplan con los requisitos de una argumentación exigente, pues en él se ven más claros los pasos en que la racionalidad exige argumentación expresa de las decisiones intermedias determinantes del resultado final.

Utilizaré el siguiente proceder. Presentaré una sentencia en materia de legislación ordinaria y un caso-tipo en materia de conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor. E intentaré poner de manifiesto que las dos son perfectamente tratables y reconstruibles tanto con un método ponderativo como con uno subsuntivo.

El caso de la sentencia primera es el conocido en España como caso del Toro de Osborne, decidido por el Tribunal Supremo español (Sala 3ª) en Sentencia de 30 de diciembre de 1997. El caso se puede resumir así. La Ley de Carreteras prohibía la colocación de "publicidad" en los lugares visibles desde las carreteras, fuera de los tramos urbanos. A la entrada en vigor de dicha Ley, la empresa Osborne, que se anunciaba mediante la efígie del Toro y una inscripción en la misma, borra tal inscripción, pero mantiene la figura del Toro, visible desde las carreteras. La empresa es sancionada por mantener dicha "publicidad" cuando ya rige la prohibición. Recurre y el Tribunal Supremo anula la sanción, argumentando que dicho Toro no es "publicidad".

3.1. Decisión de conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma subsuntiva.

Tomemos el caso del Toro de Osborne. La situación normativa creada con la prohibición de colocar publicidad podemos expresarla así, del modo más sencillo: prohibido (V) colocar publicidad (x):

Situación normativa:

(1) Vx

El problema, pues, consiste en saber qué se entiende por "publicidad". En la sentencia del Tribunal Supremo en este caso se dice (simplificamos el asunto) que, a efectos de esta norma, es publicidad todo objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores. En aras de la simplicidad, representemos "objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores" como "d". Tenemos, así, el siguiente enunciado interpretativo:

Enunciado interpretativo general:

(2) $d \leftrightarrow x$

El paso siguiente tiene que consistir en sentar si el Toro de Osborne cae o no bajo "objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores" (d). El Tribunal concluye que no. Representamos el Toro como "t".

Enunciado interpretativo particular:

(3) $t \rightarrow \neg d$

Enunciado subsuntivo derivado de (1)(2) y (3) y conclusivo del razonamiento interpretativo:

(4) $t \rightarrow \neg x$

Conclusión normativa:

(5) $\neg \forall t$

Las razones determinantes de la corrección *material* del razonamiento serán las que respalden a los enunciados representados en (2) y (3).

3.2. Decisión del mismo conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma ponderativa.

Ahora presentaremos bajo forma de ponderación el razonamiento de este caso que acabamos de ver en su esquema subsuntivo/interpretativo, y comprobaremos que ambos esquemas son intercambiables.

En primer lugar hemos de *traducir el caso a un conflicto entre derechos*. Podemos hacerlo contraponiendo el derecho de la empresa a anunciar libremente sus productos, como parte de la libertad de empresa, y el derecho de la Administración a prohibir las formas de publicidad que atenten contra algún bien constitucionalmente protegido, como pueda ser la seguridad de los ciudadanos o el derecho de los ciudadanos al medio ambiente. Por simplificar, nuevamente, reduzcamos el conflicto al enfrentamiento entre el derecho a anunciarse (como parte del derecho a la libertad de empresa), que representamos como D1, y el derecho a la seguridad de los conductores, que representamos como D2. ¿Cuál de los derechos prevalece en el caso del Toro de Osborne?

El Tribunal Supremo (si bien usando otro *lenguaje*, no el de los derechos) dio prevalencia en el caso a D1, el derecho de la empresa a anunciarse. Pero lo hizo diciendo que el Toro no era publicidad porque su presencia no atentaba contra la seguridad de los conductores. Y siguió los siguientes pasos:

i) Determinar qué se entiende, a efectos de la norma, por "publicidad". Nos dijo que publicidad no es cualquier cosa asociada a una marca o producto comercial (admite la asociación del Toro y una marca de brandy de la empresa Osborne desde varios puntos de vista), sino sólo aquel objeto asociado a una marca o producto y que ponga en peligro la seguridad de los conductores por ser apto para provocar su distracción. Invoca como razón de esa opción interpretativa el fin de la norma, y llamaremos a esta razón interpretativa R^{i1} . Luego realiza una afirmación fáctica: que la figura del Toro no distrae a los conductores. Llamemos a esta razón R^{C1} . Y tenemos que, "*ponderadas*" las razones interpretativas y tomada una de las opciones, y "*ponderadas*" las circunstancias fácticas y tomada una de las opciones, quedan las razones para la prevalencia de un derecho sobre otro:

$J(R^{i1} \wedge R^{C1}) D1 P D2$

Sin embargo, si uno lee la sentencia del Tribunal Supremo en el caso del Toro y cualquier sentencia del Tribunal Constitucional en un caso de conflicto entre derechos fundamentales, la diferencia salta a la vista. ¿Es sólo una diferencia de lenguaje o hay una verdadera diferencia de método motivada por la distinta naturaleza de los casos? Nuestra tesis es que la diferencia es meramente de lenguaje.

Esa diferencia se traduce en que *el Tribunal Constitucional habla (o aparenta hablar) en términos de que están afectados dos derechos (o, más en general, dos principios), pero para el caso uno vence sobre otro*. Es decir, por ejemplo, que sí es un caso de libertad de expresión y sí es un caso de derecho al honor, y que la prevalencia del derecho al honor en razón de las circunstancias del caso supone la victoria de este derecho y la consiguiente limitación del otro en este caso. *En cambio, el Tribunal Supremo, usando un esquema no ponderativo, dice que el Toro no es un anuncio y que, por tanto, no hay un conflicto entre normas, sino que meramente no rige la prohibición de anuncios. Pero sería lo mismo si hubiera dicho que anuncios como los del Toro no caen bajo la prohibición, dado que, en sus circunstancias, no hay razones para limitar la libertad de anunciarse de las empresas. Y también sería lo mismo si el TC, en el ejemplo que a continuación veremos, sustituyera su lenguaje ponderativo por el propio del "método" subsuntivo/interpretativo y se expresara en estos términos: en el caso la expresión "e" es subsumible entre las expresiones que atentan contra el honor, y puesto que la libertad de expresión tiene su excepción en el daño al honor, no se trata de ejercicio de la libertad de expresión, sino de atentado al honor.*

A todo esto subyace una *tesis*, también fuerte, que requiere fundamentación minuciosa: *todas las normas pueden ser presentadas o como reglas o como principios, y tal presentación depende del lenguaje y el esquema que se adopte a la hora de aplicarlas. Pero que tal opción es potestativa del intérprete, no determinada por ningún tipo de "naturaleza", ni de las normas ni de los hechos. Y, por último, que esa opción responde generalmente a propósitos de política judicial, según que se quiera una aplicación del derecho de apariencia más técnica o más de equidad o justicia de los hechos. Los Tribunales Constitucionales adoptan un lenguaje ponderativo para hacer que su jurisdicción aparezca como sustancialmente diferente de la de los tribunales ordinarios, pues en otro caso quedaría de relieve la realidad de lo que pretende negar: el carácter de órgano de superapelación que adopta cuando resuelve gran parte de los caso de amparo.*

3.3. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma subsuntiva.

Tomemos un caso estándar de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. Hay dos normas (constitucionales; pero esa condición no es relevante): una dice permitido (P) expresar las ideas y opiniones (x): Px. La otra dice prohibido (-P) decir cosas que atenten contra el honor de otro (y): (-Py).

De modo que la situación podemos presentarla así:

$$Px \wedge \neg Py$$

Toda expresión está permitida, salvo que contenga un atentado al honor de otro. "x" representa cualquier expresión. E "y" representa cualquier expresión que atente contra el honor de otro. Por tanto, "y" es un subconjunto de "x". Así pues, la situación normativa podemos, más precisamente, representarla así:

$$Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y).$$

En consecuencia, todo conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor pasa necesariamente por:

- determinar el sentido de "honor" (y, correlativamente, de atentado contra el honor). Ahí serán de utilidad todo tipo de argumentos de los consolidados como interpretativos. Así, se llegará por ejemplo a establecer que todo insulto es (una expresión que supone) un atentado al honor de la persona referida (vid. paso (2) en el esquema de más abajo).

- determinar si el hecho enjuiciado (v.gr. alguien dijo que una persona era un "necio", o un "idiota", o un "sinvergüenza", o un "ladrón"...) y que era dudoso si caía bajo la referencia del enunciado que se interpretaba, cae bajo la referencia del enunciado concretizador, del enunciado interpretativo. En nuestro ejemplo, si la expresión en cuestión (e) es o no un insulto (i) (vid. paso (3) en el esquema de más abajo).

El esquema queda así:

| | | |
|-------------------------------------|-----|---|
| Situación normativa: | (1) | $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$ |
| Enunciado interpretativo general | (2) | $i \rightarrow y$ |
| Enunciado interpretativo particular | (3) | $e \rightarrow i$ |
| Enunciado subsuntivo | (4) | $e \rightarrow y$ |
| Conclusión normativa. | (5) | $\neg Pe$ |

En clave de racionalidad argumentativa, se requiere que concurren y se expresen (cuando no sean plenamente evidentes) las razones que respaldan las afirmaciones representadas en (2) y (3). Es decir, las razones por las que se considera que el significado del derecho al honor hace ese derecho incompatible con el soportar insultos, y las razones por las que se estima que la expresión "e" constituye un insulto.

3.4. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma ponderativa.

Según la doctrina habitual en tema de ponderación, un derecho prevalece sobre el otro no en abstracto, sino en el caso concreto, y a la luz de las circunstancias precisas de ese caso. Llamando C a las circunstancias y J a la justificación de la prevalencia, podemos representar la situación de prevalencia así:

J (C¹... Cⁿ) D1 P D2

Pero hay que tener en cuenta que las circunstancias no hablan por sí solas. Lo que se quiere decir cuando en la doctrina de la ponderación se alude a ellas como determinantes es que son la fuente o la base de las razones dirimentes de la prevalencia de uno de los derechos; o sea, que las razones que cuentan para esa prevalencia son razones circunstanciales, razones relativas a la presencia y la relevancia de unas u otras circunstancias. Así que si llamamos R^C a tales razones circunstanciales podemos mantener el mismo esquema de este modo:

J (R^{C1}...R^{Cn}) D1 P D2

Pero la cuestión clave es ésta: *¿qué es lo que hace relevante e importante para el caso una o varias de entre las innumerables razones que concurren?* Y la respuesta es: *la previa interpretación de la norma o normas en cuestión.*

En la expresión "e" proferida por una persona respecto de otra, en uso de la libertad de expresión de aquélla, podemos imaginar los siguientes caracteres y circunstancias, de entre la infinitad que pueden darse e imaginarse para un caso:

Circunstancias: 1) proferida en una reunión privada; 2) proferida en una asamblea pública; 3) proferida en un programa de radio; 4) proferida por un particular; 5) proferida por un periodista; 6) proferida respecto de un particular; 7) proferida respecto de un cargo público; 8) proferida por un madrileño; 9) proferida en jueves; 10) proferida por una persona de 52 años; etc., etc.

Caracteres: A) crítica; B) acusación; C) insulto; D) caricatura o imitación; E) reproche; F) advertencia; G) insinuación amorosa, etc., etc.

En rápida y aleatoria enumeración hemos mencionado diez posibles circunstancias de la expresión "e" y siete posibles caracterizaciones o catalogaciones de la misma. Respecto de las circunstancias, cualquier discusión será cuestión de prueba (mostrar en los hechos que alguien es o no un periodista, que alguien es o no un cargo público, etc.); respecto de los caracteres las discusiones versarán sobre lo adecuado o no de la calificación, es decir, sobre las razones para calificar la expresión "e" como insulto, crítica, reproche, etc.

Pues bien, es la previa interpretación de lo que se entienda por "honor", como bien protegido por la norma que otorga el derecho al honor y que limita las expresiones posibles amparadas por la libertad de expresión, lo que hace que no se considere, hoy, aquí y ahora, atentatorio contra tal bien el ser objeto de una mera crítica, o de un simple reproche, o de una insinuación amorosa, y sí, en cambio, ser insultado. Así que *lo que hace relevante una u otra circunstancia y uno u otro carácter* de entre las y los innumerables que puede tener la preferencia de "e" *es una interpretación previa de la norma*, expresada o no en el correspondiente enunciado interpretativo, pero operante siempre, aunque sea de modo tácito. *Sobre la base de la interpretación se determina la relevancia de las circunstancias.*

Pero falta un *segundo paso*. Una vez que hemos interpretado "honor", por ejemplo, como desmerecimiento de la pública consideración y que, segundo paso, hemos determinado que un insulto es un supuesto que da lugar a tal desmerecimiento de la pública consideración, queda por *saber si "e" constituye o no un insulto*. Y habrá que dar razones de los dos cosas: de por qué se considera que el honor se daña cuando se es objeto de desmerecimiento en la pública consideración y de por qué se considera que "e" es un insulto y no, por ejemplo, una simple crítica o una cariñosa reconvención que no daña tal consideración pública.

Con todo esto estamos defendiendo esta tesis: *que los dos esquemas que hemos visto para el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor no son expresión de dos modos distintos de razonar ni de dos métodos diferenciados, sino dos maneras de representar un mismo proceder*. Es decir, que en términos funcionales el esquema I:

J (R^{C1}... R^{Cn}) D2 P D1

equivale al esquema II:

| | | |
|--------------------------|-----|---|
| Situación normativa: | (1) | $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$ |
| Enunciado interpretativo | (2) | $i \rightarrow y$ |
| Enunciado subsuntivo (3) | (3) | $e \rightarrow i$ |

Conclusión del razonam.int. (4) $\neg Pe$

Lo que varía y explica la diferencia en el modo de representar es que en el esquema I (ponderativo) se incorpora la mención a las razones subyacentes, pero no se representan los pasos o secuencia del razonamiento; mientras que en el esquema II (subsuntivo/interpretativo) ocurre al revés, se representa la secuencia del razonamiento pero se deja fuera la mención de las razones que avalan el contenido de los enunciados determinantes, que son el (2) y el (3).

Basta con fundir ambos esquemas para tener el esquema completo y común a todo caso difícil, sea o no de conflicto directo o inmediato entre derechos fundamentales. Quedaría así, en lo referido al caso de enfrentamiento entre libertad de expresión y derecho al honor, ganando el derecho al honor por haberse establecido que el insulto atenta contra el derecho al honor y que "e" es un insulto.

| | | |
|-----------------------------|-----|---|
| Situación normativa: | (1) | $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$ |
| Enunciado interpretativo | (2) | $J (R^{C^1} \dots R^{C^n}) i \rightarrow y$ |
| Enunciado subsuntivo | (3) | $J (R^{C^1} \dots R^{C^n}) e \rightarrow i$ |
| Conclusión del razonam.int. | (4) | $\neg Pe$ |

Y téngase en cuenta que $\neg Pe$ es tanto como decir que para el caso caracterizado por la preferencia de "e" (en las circunstancias $c^1 \dots c^n$) el derecho al honor (D2) prevalece sobre el la libertad de expresión (D1):

(e) D2 P D1

Queda visto que *las razones presentes en la llamada decisión ponderativa son razones interpretativas* (las que determinan, en el ejemplo, que el insulto atenta contra el bien "honor") y *razones fácticas* (las circunstancias que en el caso hacen que "e" pueda o deba contarse como un insulto). Por eso el *esquema de la ponderación*, para ser *completo*, debería representarse así, llamando R^i a las razones interpretativas y R^c a las razones circunstanciales:

$J (R^{i1} \dots R^{in} \wedge R^{c1} \dots R^{cn}) D2 P D1$

INTRODUCCIÓN. METAFÍSICAS Y JURISPRUDENCIA

De entre muchísimos posibles, tomemos como ejemplo algún párrafo de la primera Sentencia que más abajo vamos a examinar, la STC 54/2004. El caso, como veremos, plantea el típico conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. Recordando jurisprudencia suya anterior, insiste el TC en que en estos casos "la competencia de este Tribunal no se circunscribe a examinar la suficiencia y consistencia de la motivación de las resoluciones judiciales bajo el prisma del art. 24 CE. Por el contrario, en supuestos como el presente, el TC, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar libremente información veraz y el derecho al honor, determinando si efectivamente se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al *contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos*, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales" (f.j. 2º) (El subrayado es nuestro).

Estamos ante un planteamiento previo muy repetido por el TC como justificación del alcance de sus competencias revisoras en amparo. En párrafos como éste se está dando por supuesto que los derechos recogidos en la Constitución tienen un contenido necesario y *preciso*, "el contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos". En consecuencia, los casos de conflicto entre derechos fundamentales, como el que nos ocupa, se dirimen constatando (y en última instancia la suprema *constatación* la realiza el TC) hasta dónde llega exactamente el contenido de cada uno. Con esto se oculta que el problema no es de constatación o averiguación exacta de realidades jurídicamente predeterminadas con minucia en la Constitución¹⁴³, sino de interpretación, interpretación de las genéricas cláusulas constitucionales para los hechos del caso. ¿Cuál es la diferencia entre constatar e interpretar para el caso? Que en el primer supuesto se finge una operación objetiva, mientras que, si se reconoce que la actividad es interpretativa, se está admitiendo que el juicio del TC es una valoración que se superpone a la que realizó en la instancia el tribunal ordinario, con lo que la anulación de la sentencia de éste no se seguiría de que fuese errónea, sino de un juicio, valorativo, de preferencia. No es lo mismo afirmar, como hace el TC, que el TS se equivocó al determinar el contenido de los respectivos derechos en litigio, lo cual presupone pautas de medida predeterminadas, que entender que sobre la solución del caso hay valoraciones preferibles a las adoptadas por el TS. El TC hace lo segundo, pero suele razonar como si estuviera realizando lo primero. Crea esta curiosa figura de la constatación del contenido correcto de los derechos, como si tal contenido pudiera manifestarse al margen la de interpretación de las normas que los enuncian y de la valoración de los hechos del caso.

Este planteamiento cuasinaturalista lo deja ver a las claras el TC cuando, en el párrafo siguiente al que hace un momento recogíamos, usa el término "verificar"¹⁴⁴: "En todo caso, nuestro examen debe respetar los hechos considerados probados en la instancia [art. 44.1 b) LOTC], que en el supuesto que nos ocupa se reducen a la existencia de la controvertida información publicada en el diario <<Claro>> el día 9 de May. 1991. Con escrupuloso respeto a tales hechos, la cuestión que debe resolver el presente recurso de amparo consiste en *verificar* si la sentencia impugnada, al valorar

¹⁴³ Salvo que se entienda por Constitución un sistema *axiológico* completo, coherente y con clara predeterminación de la solución de cada caso posible, sistema axiológico subyacente a e independiente del texto constitucional. Es la nueva manera de formalismo ingenuo, hoy dominante, propia de los llamados neoconstitucionalistas y que cumple actualmente el papel que jugó en el siglo XIX el formalismo elemental e ingenuo de la jurisprudencia de conceptos. Y ahora, como entonces, el interés que por debajo de esta doctrina late es político (en particular, antidemocrático) y gremial. Véase García Amado, J.A., "La interpretación constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero 2004, págs. 37ss.

¹⁴⁴ En idéntico sentido, entre otras muchas, STC 158/2003, f.j.2.

aquella información, llevó a cabo una integración y aplicación constitucionalmente adecuada de la libertad de información [art. 20.1 d) CE] y el derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE)" (f.j. 2º) (el subrayado es nuestro).

Atiéndase a lo significativo de la expresión: se trata de verificar la adecuación de una valoración. Sólo tiene sentido el término "verificación" ahí si se presuponen parámetros objetivos y externos al juicio del TS y al del TC, de modo que el juicio del TC simplemente corrige el error objetivo de medida del TS. Ese metro externo sólo puede ser o una verdad moral objetiva y minuciosa (que, según las teorías antipositivistas en boga, se considere parte del derecho aunque no sea derecho positivo), o una Constitución que en sí *contenga*, también minuciosamente, solución exacta para cada conflicto entre derechos; pero ya no hablaríamos, entonces, del *texto* constitucional que todos tenemos por Constitución, sino de una detallada Constitución material que conoce el TC¹⁴⁵.

Nos guste o no, admitámoslo o no, cuando el debate jurídico es de un calado tal como el que corresponde a los asuntos de la jurisprudencia constitucional, dicho debate sólo en la superficie es técnico, pues en su fondo y esencia lo que se dirime son opciones políticas y filosóficas.

A esos dilemas teóricos en juego se añade un ulterior asunto, no por menos hondo de menor importancia. En una teoría del discurso jurídico, que algún día tendrá que desarrollarse con seriedad, y, dentro de ella, en una teoría del discurso jurisprudencial, han de tener papel muy relevante los conocimientos que nos aportan la lógica formal y la retórica. Sólo con esas herramientas, sería sencillo comprobar cuán a menudo no hay más que falacias donde se aparentan ideas bien desarrolladas y con sentido.

1. DE SECRETOS VOCEADOS Y FAMAS INFAMADAS.

1. 1. ANÁLISIS DE LA STC 54/2004, DE 15 DE ABRIL (Ponente Pérez Vera).

Un periódico publicó un reportaje en el que, refiriéndose a un diputado, antiguo ministro de Justicia, se dice: "¿M. untado con 45 millones y 10 para su amante?".

Repasa el TC el significado especial que su jurisprudencia viene dando a la libertad de información, por su relevancia para la existencia de una opinión pública libre. Los requisitos de su protección frente al derecho al honor son, como es bien sabido, "que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables", y "que dicha información sea veraz" (f.j. 3º).

Respecto de lo primero, concluye que "En el presente caso es evidente la relevancia pública de la información publicada", pues se refiere "a una posible utilización de su posición política para apoyar la concesión a una empresa privada de una lotería que iba a poner en marcha la Administración autonómica valenciana" (f.j. 3º). "En suma, la información que es objeto de enjuiciamiento (...) debe estimarse que es de relevancia pública tanto por la materia a la que se refiere como por las personas que en ella intervienen" (f.j. 3º). En cuanto al requisito de veracidad, se alude, en primer lugar, a un deber de diligencia del periodista, cuya información ha debido ser objeto de contraste con datos objetivos.

En el presente caso lo publicado son unas declaraciones de un preso contenidas en un sumario judicial, así como unas declaraciones de una de las personas aludidas en la información. La parte recurrida alegó que los contenidos del sumario habían sido obtenidos en vulneración del carácter secreto de éste, pero tal extremo ni se probó en el juicio ni obsta, según el TC (f.j. 6º), al carácter fidedigno de la información, pues tal carácter es independiente de la legitimidad en el modo de obtenerla y de las posibles responsabilidades a que pudiese haber lugar por ello. Volveremos sobre esto.

¹⁴⁵ Hay poco nuevo bajo el sol. Al margen de lo que significó en el constitucionalismo europeo del XX la noción de Constitución material, en autores como Mortati, entre nosotros se decía *en 1958* lo siguiente: "La Constitución formal ha pasado a segundo término y nos interesa en primer lugar la constitución material. La Constitución en sentido material es la que determina la fuerza política y el fin político de las normas constitucionales, y la que rellena sus lagunas; es la que refleja la estructura social, la realidad de la comunidad política, siendo, por tanto, mucho más valiosa y significativa que la Constitución formal" (Fraga Iribarne, Manuel, *La crisis del Estado*, Madrid, Aguilar, 1958, p. 370).

Sentado que el periodista ha procedido con la debida diligencia al obtener y contrastar la información, se pasa a un segundo requisito de la veracidad, atinente al modo en que aquella información es presentada, lo que el TC formula como exigencia de que se trate de un "reportaje neutral"¹⁴⁶. El modo en que el TC expresa este segundo requisito del requisito de veracidad es sumamente equívoco y no acierta a deslindarlo del subrequisito primero, el de la diligencia en la comprobación: "hemos de analizar si la noticia publicada constituye o no información veraz en el sentido que nuestra jurisprudencia da a esta exigencia y que, como acabamos de decir, radica en si por parte del informador se han cumplido o no los deberes de diligencia que le son exigibles en orden a la comprobación de las noticias" Y sigue: "En el presente caso, la noticia revelada por el diario <<Claro>> saca a la luz pública unas declaraciones obrantes en un sumario abierto de Valencia y las efectuadas al medio de comunicación por una de las personas implicadas en las mismas, transcribiendo parcialmente tales declaraciones, sin alteración relevante. Así pues, hemos de analizar si estamos o no ante un <<reportaje neutral>>, cuyas notas características sintetizamos en nuestra TC S 76/2002, de 8 Abr. FJ 4" (f.j. 7º). Seguidamente recoge tales notas: a) que en la información se determine quién hizo las declaraciones; b) que el medio no altere la importancia que las declaraciones tengan en el conjunto de la noticia, "De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral". "Cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad" (f.j. 7º).

Mantiene el TC que ambas circunstancias concurren y no se sigue de ahí, por tanto, responsabilidad del periódico. Pero luego resulta que hay una nueva condición para que se dé ese requisito del contenido neutral del reportaje: que dicha neutralidad no se desvirtúe "por la forma en que el medio de comunicación ha transmitido al público lo transcrito" (f.j. 8). La doctrina anterior del TC (STC 41/1994), aquí reiterada, dice así: "un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo, si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje". Es decir, que un titular desaforado para una información contrastada y que sin tal titular sería "reportaje neutral", hace que se pierda esta última condición. A los contenidos del titular hay que añadir, como determinantes también, que se contenga o no en portada y el tamaño y tipo de tipografía que se utilice. Y todo ello porque no cabe amparar "titulares que, con la eficacia que les proporciona su misma brevedad, al socaire de un reportaje neutral, están destinados a sembrar en el gran público dudas sobre la honorabilidad de las personas aludidas" (f.j. 8º).

Y ahora le toca al TC ver si en este caso los titulares y modos de presentar la información desdican del carácter de reportaje neutral. Y razona al respecto siguiendo los siguientes pasos:

i) El titular de portada ("¿M. untado con 45 millones y 10 para su amante?") "podría considerarse insidioso al lanzar una duda sobre la integridad del conocido político" (f.j. 8º).

ii) "Sin embargo, ello se ve atemperado en la misma portada, donde ya inicialmente se alude al origen judicial del caso ("Un juez de Valencia envía el caso al Supremo"), y donde comienza la noticia con una referencia inmediata a las fuentes: "Un agente judicial ha acusado ante un juez a Enrique M. Según el agente, el exministro <<y su querida>> iban a repartirse 55 millones por apoyar la concesión de una lotería instantánea en Valencia. El juez envió el pasado lunes el caso al Supremo".

iii) Por otra parte, el titular interior ("Acusación contra el ex Ministro: M. y su querida se iban a repartir 55 millones") permite deducir que la imputación tiene su fuente en un tercero y no es hecha suya indubitadamente por el medio de comunicación" (f.j. 8º).

Y concluye sobre esto el Tribunal: "En consecuencia, el análisis minucioso del titular y cuerpo de la noticia no permite sostener que se hayan sobrepasado los límites del derecho a la información" (f.j. 8º).

¹⁴⁶ Sobre el origen y las notas de esta noción puede verse Salvador Coderch, P., *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 95ss. Para la evolución de la doctrina del TC sobre este tema, Herrero-Tejedor, F., "Responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral". *Cuadernos de Derecho Judicial*, 25: *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 289-299.

Y ahora nos preguntamos nosotros: ¿acaso fue menos minucioso el análisis realizado por el TS y que lo llevó a la conclusión contraria? Parece como si decir "análisis minucioso" significara averiguar medida exacta, mientras que sólo puede querer decir valoración detallada, es decir, una valoración que va paso a paso y se pronuncia sobre distintos y variados aspectos, pero valoración al fin y al cabo¹⁴⁷.

Seguidamente el TC reprocha a la sentencia del TS no haber realizado un tal análisis minucioso, lo que se traduce en que no llegó a ponderar verdaderamente los derechos fundamentales en juego, pues rechazó la veracidad de la noticia por estimar ilegítimo el modo de su obtención por el medio, a partir de un sumario secreto¹⁴⁸. Pero la pregunta que queda es: si el TS hubiera realizado tal ponderación, basada en un análisis minucioso, ¿la habría dado por buena el TC o la habría enmendado en caso de no estar de acuerdo con su resultado?

Y en el fallo el TC reconoce que en la sentencia del TS se ha vulnerado el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) CE y se anula su sentencia.

Tal vez no es exacto decir que el TS no ponderó. Podríamos entender que ponderó y que el resultado fue negativo para el derecho a la información, como consecuencia de no cumplirse el requisito de veracidad. El TS fue siguiendo los pasos que para estos casos marca la doctrina del TC, analizando en la información cuestionada tanto su interés público como su veracidad. Lo que ocurre es que al requisito de la veracidad le puso una condición, la de que no es veraz la información obtenida de modo no lícito ("ilegítimo", en palabras del TC). Por contra, el TC insiste en que ya era doctrina suya que tal origen "ilegítimo" de la información no empece a la veracidad, sin perjuicio de las responsabilidades a que, en otro orden, pudiera haber lugar.

Lo anterior plantea varias cuestiones de suma importancia.

i) Afirma el TC que el TS no ponderó los derechos en juego, al excluir de antemano la veracidad de la información por causa del modo ilegal de su obtención. Pero nosotros nos preguntamos si lo que hace el TC en ésta y en muchas sentencias similares sobre el mismo tema es realmente ponderar o es otra cosa. Nuestra hipótesis es que el TC tampoco pondera, o lo hace sólo en apariencia. Veamos por qué.

En los casos de conflicto entre libertad de información y derecho al honor el TC adopta un lenguaje y un razonamiento que no parece el que se supone de la ponderación (regla de la proporcionalidad en sentido estricto: cuanto más sufra el derecho X, tanto más debe beneficiarse el

¹⁴⁷ Cuando del asunto se hace una pura cuestión de valoración subjetiva, por mucho que se pretenda "verificación", la discusión acaba en mera disputa sobre si el titular resulta o no excesivo. Hay dos votos particulares, uno de Jiménez de Parga y otro de Jiménez Sánchez. Ambos discrepan de la valoración dada por la mayoría al titular. Para ambos el titular desmesurado es ahí incompatible con la condición de "reportaje neutral".

¿Quién tiene razón sobre la valoración del titular? Ninguno o ambas partes, según cómo entendamos tener razón. Estamos en el marco de valoraciones carentes de referencia objetiva mínimamente tangible, por lo que comprensibles y admisibles son en su plenitud ambas valoraciones discrepantes, la de la mayoría y la de los que suscriben los votos particulares. Pero no es esa la gran cuestión teórica, sino esta otra: si tan patente queda que es cuestión de pura y simple valoración (ninguno yerra, aunque los unos discrepen de los otros), ¿no excede el TC su papel al entrar en tal valoración que enmienda o suplanta la del TS? ¿Choca la sentencia del TS con la Constitución -única justificación para anularla- o sólo con las valoraciones de la mayoría del TC? ¿Es la Constitución lo que dice el texto constitucional -con la precisión, grande o pequeña, con que hable en cada precepto- o lo que valora el TC que la Constitución debería "decir" para cada caso?

¹⁴⁸ Este es el texto del TC al respecto (f.j. 8º): "En último término, aun admitiendo, en hipótesis, que el titular publicado en la portada del diario <<Claro>>, considerado aisladamente, pudiera situarse, por su forma y contenido, extramuros de la libertad de información constitucionalmente garantizada, en línea con lo dicho por la sentencia impugnada, en todo caso, dada la conclusión alcanzada en el Fundamento jurídico anterior acerca de la básica neutralidad del texto considerado (que dista mucho de ser una serie de datos inconexos, como se afirma en dicha sentencia), hubiera resultado necesario un examen conjunto de la noticia (TC S 178/1993, de 13 Oct., FJ 6), que abarcase contenido y titulares. Dicho en otros términos, ante un reportaje como el aquí enjuiciado, la sentencia del TS recurrida tenía que haber realizado la valoración global de la noticia, a la que acabamos de referirnos y, en consecuencia, una ponderación concreta de los derechos fundamentales enfrentados (TC S 240/1992, de 21 Dic., FJ 7). Sin embargo, no lo ha hecho así al razonar básicamente sobre el origen ilícito de la información publicada -por lo que niega toda veracidad al reportaje, en el sentido consagrado por la doctrina constitucional- y de manera aislada sobre el titular, lo que le conduce a apreciar sin matices la intromisión en el derecho al honor del recurrente en casación, sin valorar adecuadamente la libertad de información".

derecho Y), sino el de establecer una regla de prevalencia de la libertad de información sometida a dos (o más¹⁴⁹) condiciones¹⁵⁰. Tal regla podría enunciarse así:

La libertad de información prevalece sobre el derecho al honor bajo condición de que a) la información tenga relevancia pública y b) sea veraz.

La diferencia está en que, al tratarse de una regla que se aplica en términos de todo o nada, si se dan las condiciones de aplicación (veracidad y relevancia pública) la prevalencia en la regla establecida en favor de la libertad de información se hace efectiva, **con total independencia de la intensidad del daño al derecho al honor**. Es decir, siempre que el TC determine que la información es de interés público y es veraz¹⁵¹, la libertad de información va a *preponderar*, sea cual sea la intensidad del menoscabo al honor¹⁵².

Dicha regla está interpretativamente sentada por el TC, el cual, además, la dota de un fundamento constitucional por el servicio que la libertad informativa presta para hacer posible una opinión pública libre en una sociedad democrática y pluralista¹⁵³.

Esto que acabamos de decir tiene una importantísima secuela: si el TC no pondera verdaderamente la intensidad con que están en juego uno y otro derecho, tampoco puede, en propiedad, reprochar al TS no ponderar de tal modo. Cuando hace tal crítica está en realidad acusando al TS de no seguir tal doctrina del TC, es decir, de no respetar la mencionada regla de prevalencia establecida por el TC. Y en el caso que analizamos la discrepancia proviene de que el TS añade a la regla una nueva condición, no admitida por el TC: que la información haya sido obtenida legalmente, sin vulneración de precepto alguno del ordenamiento jurídico. Vayamos ahora con esto.

ii) Señala el TC que su doctrina de que la información debe haber sido "rectamente obtenida" ha sido ligada siempre al requisito de diligencia en la valoración de la fuente y en su contrastación. Y añade que "nunca hemos relacionado esta exigencia [la de veracidad] con la de que la obtención de los datos sea legítima, ni, por tanto, con el secreto del sumario"¹⁵⁴. De modo que la cuestión de que la información publicada no pudiera ser objeto de difusión por haber sido obtenida ilegítimamente, es decir, quebrando el secreto del sumario y constituyera una <<revelación indebida>> (art. 301 LECrim) es una cuestión distinta a la que aquí se examina (...), el que el ejercicio de la libertad de

¹⁴⁹ Cabe añadir las condiciones referidas al modo en que la noticia se publica: tipografía, titular o no y que no contenga expresiones injuriosas y/o innecesarias para la comunicación de la información; también que reúna los caracteres de lo que el TC llama "reportaje neutral".

¹⁵⁰ Algo similar ya fue puesto de manifiesto por Herrero-Tejedor, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, 2ª ed., 1994, pp. 118ss. Según este autor, se ha invertido así la regla de preferencia sentada en favor del derecho al honor en la primera fase jurisprudencial del TC en este tema. Explica que el método de la ponderación "es inevitable cuando se trata de resolver una colisión entre derechos fundamentales situados en una posición equiparable, pero no cuando se maneja un derecho colocado en posición de preferencia. Como debe resolverse el conflicto en estos casos es verificando, antes de nada, si la libertad de información ha sobrepasado o no los límites de su ejercicio lícito preferente; si se ha mantenido dentro del vínculo en que puede lícitamente sobreponerse a otros derechos en conflicto no habrá lugar a balanceamiento alguno, sino a la pura aplicación de una consecuencia de la configuración constitucional de una concreta libertad" (p. 119).

También capta bien esa situación Rodríguez Bahamonde, R., *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 199.

¹⁵¹ Además de estar presentada en forma no tergiversadora ni gratuitamente ofensiva.

¹⁵² Ese modo de expresarse del TC, en el que se da muestra de que aplica una regla jurisprudencialmente creada, no un esquema de ponderación, podemos verlo en múltiples sentencias. Por ejemplo, en la STC 61/2004, f. 3: "De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (SSTC 138/1996... f. 3; 144/1998... f. 2; 21/2000... f. 4, 112/2000... f. 6, 76/2002... f.3)". Véase también, por ejemplo, cómo aparece en la STC 52/2002, f.4: "Pues bien, por lo que se refiere al derecho a comunicar libremente información, que es el que ahora nos ocupa, este Tribunal ha declarado de manera reiterada que el requisito básico que permite afirmar que nos hallamos ante un ejercicio legítimo es la veracidad, a la que se refiere expresamente el art. 20.1 d) CE cuando delimita el derecho a la difusión de información «veraz»; requisito básico al que se ha añadido el de la relevancia pública de la información. Como dijimos en la STC 110/2000, de 5 de mayo, «dada la conexión existente entre los derechos a la intimidad y el honor, pues en muchas ocasiones se afecta a este último mediante referencias a la vida privada de las personas, el interés público de la opinión expresada o de la información comunicada constituye un importante criterio de delimitación acerca de cuál sea la comunicación constitucionalmente protegida» [F. 8 c)]". O en la STC 46/2002: "ninguna información que afecte al honor de una persona puede difundirse de modo constitucionalmente legítimo si es inveraz" (f. 6).

¹⁵³ Este fundamento se repite desde la capital STC 104/1986, de 17 de julio.

¹⁵⁴ Aquí se remite a la STC 158/2003, de 15 Sept. FJ 5, que analizaremos más adelante.

expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto -con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión- en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde este enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor" (fj. 6º).

Esto plantea una duda: ¿algún grado de ilicitud en la obtención de la información puede afectar a la legitimidad del ejercicio del derecho, o son cuestiones plenamente independientes?

Si no daña al requisito de veracidad el hecho de que la noticia publicada sea obtenida de un sumario declarado secreto (prescindamos ahora de si en el concreto proceso tal extremo se probó o no, pues el TC afirma aquello con carácter general y aun para el caso de que se pruebe el carácter secreto del sumario¹⁵⁵), y si tal veracidad se mantiene siempre y cuando la noticia se dé con los caracteres de "reportaje neutral" (para lo que, según acabamos de ver, no es óbice un titular fuertemente impactante y agresivo, a condición de que luego se matice que lo informado se encuentra en una denuncia obrante en proceso), ¿no estamos legitimando posibles maniobras tendentes a destruir el prestigio y la fama de una persona con sólo lograr: a) que alguien denuncie algo profundamente escandaloso -puede ser alguien que tenga muy poco que perder, como ocurría con el denunciante en este caso, un agente judicial preso por tráfico de estupefacientes-; b) que se abra un sumario para averiguar si realmente hubo delito, incluso cuando el juez decreta el secreto de tal sumario; c) que un periodista informe del modo en que se informó en el caso que comentamos, partiendo de un titular fuertemente agresivo? Si damos por buena esta práctica, nos exponemos al poder de ciertos medios y grupos de comunicación, con capacidad más que sobrada (y con escrúpulos más que faltos) para emprender tal tipo de conspiraciones y revanchas.

Si uno de los fines que hace secreta la fase de instrucción de sumario para quienes no son parte en el mismo, y que, además, legalmente hace posible que un juez decreta el secreto del sumario incluso para las partes, es la protección del honor u otros bienes de las partes en el procedimiento¹⁵⁶, dicho fin decae y es contravenido si se da por constitucionalmente admisible la publicación por los medios de comunicación, en vulneración de tal secreto, de precisamente esos extremos más dañosos, como aquí ha ocurrido.

No se pierda de vista que el político M., el "agredido" por la denuncia y el titular, quedó libre de todo cargo y el TS decidió "archivar las actuaciones penales por la imprecisión de la denuncia (A. 1 Oct. 1991)", lo que, en opinión del TC, no convierte en inveraz la información publicada, pues se

¹⁵⁵ En cualquier caso, y a tenor del art. 301 LECrim., las diligencias del sumario son secretas hasta la apertura de juicio oral. Es el llamado secreto externo o extraprocesal durante la instrucción. A él puede sumarse el secreto interno o intraprocesal, posibilitado por el art. 302 LECrim., y que consiste en que excepcionalmente y por tiempo limitado el juez instructor puede decretar el secreto de todas o parte de las actuaciones para todas las partes o para alguna.

¹⁵⁶ En consonancia plena con el art. 120.1 CE, que permite que las leyes de procedimiento sienten excepciones al carácter público de las actuaciones judiciales. Ese fin protector de derechos y libertades lo menciona bien claramente el art. 232.2 LOPJ: "Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones". Loable fin que la jurisprudencia de nuestro supremo intérprete constitucional convierte en papel mojado cuando hay periodistas de por medio.

Tampoco puede olvidarse que otro fin igualmente relevante del secreto sumarial es el aseguramiento de la independencia judicial y, con ello, del debido proceso, evitando los efectos perversos de los llamados "juicios paralelos" en los medios de comunicación. En el secreto sumarial interno cuenta como justificación también el aseguramiento de las pruebas. Sobre el particular puede verse con sumo provecho Otero González, M^a del P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, especialmente págs. 31ss.

Sobre el fin protector del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen como justificación del art. 301 LECrim., y de la acción eficaz de la justicia en la averiguación del delito como justificación del art. 302 LECrim., véase, resumidamente, Rodríguez Fernández, R., *La libertad de información y el secreto de la instrucción*, Granada, Comares, 2000, pp. 18 y 10, respectivamente. Un tratamiento en profundidad de la justificación constitucional del secreto sumarial, en sus dos versiones, puede verse en Rodríguez Bahamonde, op.cit., pp. 240ss. Concordamos con esta autora en que "si durante la instrucción se produce una publicación excesiva de datos, hechos y opiniones -incluso aunque hayan sido obtenidos legítimamente y cumplan las exigencias requeridas para el ejercicio del derecho a la libertad de información en la forma establecida constitucional y jurisprudencialmente- se está realizando (...) no ya un *juicio paralelo*, sino un *juicio previo*, de cuya condena social difícilmente se podrá librar el investigado cuando llegue ante el juez o Tribunal competente para enjuiciarlo" (p. 251). Y añadimos nosotros que tampoco se libra cuando ni siquiera hay juicio porque en la instrucción se aprecia que la acusación es radicalmente infundada, lo que es todavía más grave.

comprobó su contenido antes de difundir la noticia, contrastando los hechos relatados: "que existía un sumario abierto en un Juzgado de Instrucción de Valencia, que en el mismo figuraban unas declaraciones en las que se denunciaba al Sr. M.H. y a la Sra. D. por su implicación en un posible tráfico de influencias, y que las actuaciones fueron remitidas por el Juzgado al Tribunal Supremo" (f.j. 5º).

1.2. ANÁLISIS DE LA STC 158/2003, DE 15 DE SEPTIEMBRE (Ponente García Manzano).

Conviene analizar en detalle lo que sobre la relación entre el art. 301 LECrim. y la veracidad de la información establece la STC 158/2003, de 15 de septiembre, a la que se remite la que acabamos de examinar. En este nuevo caso se trataba de que un periódico había publicado que un despacho de abogados de Gibraltar, cuyo nombre se mencionaba, "será investigado en el sumario abierto por Garzón" en el "caso Nécora". También aquí el TS consideró que la noticia carecía de veracidad por haber sido dada cuando procedía de un sumario en tramitación. Al respecto, el TC va a manifestar que dicha circunstancia, que viola lo dispuesto en el art. 301 LECrim., no vulnera el requisito de veracidad ni, por tanto, es impedimento para la legitimidad constitucional de la información, información que choca con el derecho al honor de los abogados de tal despacho. Utiliza el TC (en su f.j. 5º) aquí una serie de razones que iremos desgranando y criticando.

i) Dice que ese mismo Tribunal ha venido estableciendo el requisito de que la información sea "rectamente obtenida y difundida" o "rectamente obtenida y razonablemente contrastada", pero que ese requisito de recta obtención no alude a la legalidad, sino a la diligencia en la comprobación de las fuentes. Información rectamente obtenida es "aquella que efectivamente es amparada por el Ordenamiento, por oposición a la que no goza de esta garantía constitucional por ser fruto de una conducta negligente, es decir, de quien actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, o de quien comunica simples rumores o meras invenciones".

Puede intuirse una cierta petición de principio en este razonamiento. Desglosemos los pasos necesarios para verlo:

- 1/ El art. 301 LECrim. establece que "Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral" y dispone sanciones para quien revele informaciones del sumario en tal fase.

- 2/ El TC afirma que es requisito de la legitimidad constitucional de la información que afecta al derecho al honor el que dicha información esté "amparada por el Ordenamiento".

- 3/ El TC no dice que la información no amparada por el Ordenamiento sea aquella cuya divulgación la ley veda, como es el caso del citado art. 301 LECrim, prohibitivo de la divulgación de datos del sumario, sino aquella que es fruto de una conducta negligente. Es decir, la única conducta informativa que "no goza de esta garantía constitucional" es la de quien procede negligentemente en la averiguación y comprobación de la noticia. Así que, *a contrario sensu*, resultará "amparada por el Ordenamiento" y gozará de garantía constitucional toda conducta informativa diligente, aunque sea ilegal su divulgación, por prohibirla expresamente la ley. Estamos ante un caso de éstos, tan queridos de los llamados "neoconstitucionalistas", en que una conducta palmariamente ilegal es tildada, paradójicamente, de jurídica porque se estima acorde con la Constitución, y al margen de toda declaración de inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Hay quien, como Espín Templado, opina que la norma del art. 301 LECrim. es desproporcionada, y máxime si se interpreta que la obligación de secreto rige para todas las diligencias y actuaciones del sumario. Oigámoslo: "El problema se plantea a mi juicio en cuanto a la congruencia entre la medida limitativa y la finalidad de la misma. Ciertamente existe tal *congruencia material* en cuanto a que el secreto es una medida *idónea* para permitir en determinadas circunstancias una correcta instrucción del sumario. Pero no es claro que se respete el *principio de proporcionalidad entre la medida y su objetivo* (...). Y aquí no parece existir tal adecuación al propio nivel normativo, al establecerse el secreto sumarial *pata todo proceso y en todos los aspectos de la instrucción*, sin graduarlo en función de la naturaleza de los hechos investigados, que pueden no requerir secreto alguno, graduación que creemos que debería corresponder al juez" (Espín Templado, E., "Secreto sumarial y libertad de información", *Revista Jurídica de Cataluña*, 85, 1986, p. 425). Plenamente de acuerdo con este punto de vista de Espín Templado se manifiesta Beltrán Catalá, D., "El secreto sumarial y el derecho a la información", *Actualidad Penal*, nº 31, 1993, pp. 453-454. Expresamente dice este último autor que el art. 301 LECrim. "ofrece serias dudas de constitucionalidad" (ibid., p. 454).

- 4/ Si rectamente obtenida es la información amparada por el Ordenamiento y si el único juicio de juridicidad relevante es el de constitucionalidad (pues, como acabamos de ver, el de legalidad nada importa), y si el juicio de constitucionalidad corresponde al TC, tenemos la conclusión: está amparada por el Ordenamiento toda información amparada por el TC, cuyo juicio de constitucionalidad de un acto puede desconocer olímpicamente la ilegalidad de ese acto.

- 5/ Y ahí es donde surge la petición de principio: la información es legítima o "rectamente obtenida" porque el TC dice que lo es, no porque lo "constate", Derecho en mano; la información está "efectivamente amparada por el Ordenamiento" por el puro hecho de que el TC la declara amparada, no que la declare amparada porque lo esté antes de ese su juicio¹⁵⁸.

Y la pregunta principal sigue en pie: ¿cómo puede estar amparada por el Ordenamiento -hasta el punto de que se permite que limite un derecho fundamental como el derecho al honor- una conducta informativa que la ley declara expresamente prohibida y que sanciona¹⁵⁹? Debe de ser un ordenamiento esquizofrénico, se supone; o un ordenamiento cuyas reglas conocidas y tenidas por válidas ceden ante otras no escritas, de las que sólo el TC sabe, y que valen más. Derecho secreto en definitiva, menos para sus sumos cultores.

Hay, además, algo altamente paradójico en aquel párrafo del TC que últimamente citábamos. Según el razonamiento que ahí se trasluce, resultaría que el comportamiento del periodista es tanto más lícito cuanto más se esmera en comprobar que publica lo que está prohibido publicar. El periodista que, con cierta negligencia, no comprobara que su información procede de un sumario en curso cumpliría en menor medida con el requisito de veracidad que este otro, que se asegura de que la fuente de su información es una cuya divulgación la ley prohíbe. Así que a más doloso el comportamiento del periodista y el medio, más legítimo constitucionalmente su proceder; cuanto más a sabiendas informan de lo que está prohibido difundir, mayor es su celo profesional que debe ser objeto de protección, en opinión del TC. Peculiar supuesto en que el dolo se premia allí donde se castiga la negligencia. Tal cosa sólo puede encajar en esa peculiar lógica, a tenor de la cual el carácter ilegal de la información nada tiene que ver con su posible legitimidad constitucional (STC 54/2004, f.j. 6º).

Lo que en todo este punto estamos viendo es el resultado de una sutil argucia dialéctica del TC, de la que acaba siendo rehén el Supremo. Tal argucia consiste en negarse a exigir que para ser admisible la información que limita el derecho al honor de alguien dicha información haya de ser legal, es decir, no prohibida por alguna norma válida del ordenamiento. El TC establece como requisitos de admisibilidad de la información los de interés público, veracidad y forma no injuriosa o insultante de su exposición. Y el TS entra a ese juego cuando argumenta que una información ilegal,

Nada que oponer al razonamiento de Espín Templado si lo que sugiere es que la norma pudiera ser merecedora de la declaración de inconstitucionalidad. Si tal declaración aconteciera, nada habría que objetar, obviamente, a la inaplicación de dicha norma invalidada. Pero el TC, cuando ha examinado el tema, no ha encontrado motivos de inconstitucionalidad en el 301 ni el 302 LECrim., por lo que hay que entenderlos válidos y vigentes. También se puede compartir la opinión de que la norma del 301 LECrim debe interpretarse restrictivamente, haciendo que el secreto no se extienda a las actuaciones o diligencias cuya divulgación no atente contra el fin de la norma, es decir, no vulnere derechos de nadie. Pero lo que me parece indudable es que cuando la noticia da de lleno en el derecho al honor del investigado no hay justificación posible para la violación de la prohibición, en tanto ésta rija válidamente. Una cosa es interpretar, buscando el mejor sentido de los preceptos y con respeto a la coherencia del ordenamiento y la razón de ser de las normas, y otra ponderar al buen tuntún o según soplen los vientos del caso y el momento.

¹⁵⁸ Esto conecta bien con los duros términos en que se expresa Rodríguez Ramos: "El conflicto de los derechos al honor, la intimidad y el secreto de la instrucción por una parte, y a la libre emisión o recepción de información procedente de los medios de comunicación por otra, se suele solucionar por los tribunales merced al conocido método del <<balanceo>>, es decir, poniendo en cada platillo de una balanza imaginaria los derechos en conflicto, con la desgracia insuperable de que la balanza es como se ha dicho imaginaria y, el peso de unos y otros derechos en conflicto, también, es decir, que inevitablemente se cae en el casuismo aleatorio, por resultar finalmente el <<pesaje>> un cúmulo de juicios de valor, de imprevisible contenido. Se trata, pues, de uno de esos supuestos, tan frecuentes en los tiempos que corren, en los que la Justicia o el Derecho en cada caso concreto es <<lo que dicen los jueces>>, es decir, un acto de voluntad que, aun teniendo referencias legales y motivación, ex ante el resultado es aleatorio" (L. Rodríguez Ramos, "La verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una justicia <<dependiente>> de los medios de comunicación?", Diario La Ley, nº 5585, 11 de julio de 2003).

¹⁵⁹ ¿Acaso no merecen respeto las ponderaciones hechas por el legislador y que lo llevan a limitar un derecho en favor de otro, en normas legales de cuya constitucionalidad no se duda?

como la que proviene de un sumario en curso, carece del requisito de la veracidad. Y ahí cae en la trampa del TC, que puede ser rotundo al decir que no tiene nada que ver una cosa con otra y que una información proveniente de un sumario será normalmente más veraz y fácilmente comprobable que la que se obtiene de otras fuentes. Y tiene razón: el problema no es de veracidad, sino de coherencia del sistema jurídico y respeto al legislador democrático, que es tanto como decir a la soberanía popular. Esto último lo capta bien el Supremo, pero no ha acertado a exponerlo sin verse atrapado en las redes conceptuales del TC, que predeterminan la solución.

Sostiene el TC que "nuestra jurisprudencia (...) nunca ha relacionado la exigencia de veracidad con la legítima obtención de la información, ni por tanto con el secreto de las diligencias sumariales (art. 301 LECrim)". Lleva razón nuevamente, el problema no es de veracidad, sino de legalidad. Llevar la legalidad a la veracidad sólo sirve para hacer pasar por legal lo que sea veraz, y ése es el juego del TC, como estamos viendo.

Sabida la predilección del TC por la ponderación y vista su exigencia de que se traduzcan a esquemas ponderativos las elecciones entre derechos o valores concurrentes en un caso, ¿por qué no explicitó la ponderación que larvadamente está realizando aquí, que no es otra que la ponderación entre principio de legalidad y principio de libertad informativa, con victoria aplastante de este último? Obviamente, porque presentarlo así resulta tremendamente osado y disolvente. Pero así es en realidad, aunque no se diga. Volveremos más abajo sobre ello.

ii) El TC recalca su jurisprudencia, según la cual "la información <<rectamente obtenida>> se ha asociado a la diligencia observada en la contrastación y verificación de lo informado, que debe tener en cuenta, entre otros extremos, las circunstancias relativas a la fuente de información. Al respecto hemos declarado que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable (...), puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente".

Tanto en esta STC 158/2003 como en la 54/2004, el caso se presenta con el siguiente esquema: un periódico P informa de que se está instruyendo un sumario S, en el que se investiga un posible comportamiento delictivo D del sujeto X, citado X con plena identificación. Las informaciones, por tanto, son dos: que hay un sumario S abierto por un posible delito D y que el investigado como posible autor de D es X. Más claramente, las informaciones son dos:

(1) Que en el sumario S se investiga un posible delito D.

(2) Que el posible autor del delito D es el sujeto X, con nombres y apellidos, o datos suficientes para su cómoda identificación.

La afirmación contenida en (1) es de fácil comprobación y su fuente la hace "fidedigna, seria o fiable", pues lo contenido en un sumario es, tarde o temprano, fácilmente constatable. Esta afirmación contenida en (1) no daña ni limita ningún derecho fundamental de nadie.

Es la información presente en (2) la que menoscaba el derecho al honor de X. El carácter "fidedigno" de (1) no otorga ningún grado de verosimilitud o probabilidad a lo contenido en (2). Así que lo fidedigno de (1) mal puede justificar el daño que al honor de S le provoca (2).

Lo que el TC hace es estimar que el dato cierto de que alguien sea investigado en un sumario da carácter suficientemente fidedigno a la noticia en la que esa persona aparezca con nombres y apellidos en los medios de comunicación como posible autor del delito investigado. Lo fidedigno de la información sobre la existencia del sumario se traslada metonímicamente o por una especie de ósmosis a lo fidedigno del delito y su posible autor. Y, al convertir así la información en constitucionalmente legítima, se hace insanable el daño que pueda sufrir cualquiera al que, por la razón que sea, incluidos errores, denuncias falsas, conspiraciones, etc., se le impute un delito que llegue a ser investigado por un juez, y con total independencia de que al final del sumario el juez archive las actuaciones por comprobar lo patentemente infundado de las acusaciones o denuncias. El sobreseimiento mencionado ya nunca va a poder contrapesar la sanción social padecida por el que vio en los periódicos su nombre como posible o probable delincuente, y, para colmo, la doctrina del TC cierra el camino para que, al menos, tal sanción social inmerecida pueda ser contrapesada con una indemnización por el periódico que la ocasionó.

Si lo relevante es el interés de la información y no el morbo de conocer el nombre del investigado, y si se trata de que la información circule con el menor daño para el honor de quien puede ser total y absolutamente inocente, ¿no tendría más sentido imponer la doctrina de que en la fase de instrucción, antes del juicio oral, los medios de comunicación sólo pudieran informar del qué pero no del detalle del quién? ¿No cabría que pudieran únicamente decir "ex-ministro investigado por D" o "bufete gibraltareño investigado por D", sin dar nombres o datos que permitan la fácil identificación? ¿Tanto añade al interés público de la noticia saber el nombre de un investigado, del que dos días después diga el juez que no tiene ningún indicio de delito en su contra? ¿Es así como se contribuye a la formación de una opinión pública libre, o a su deformidad? ¿O no es la libertad de la opinión del público, sino la de los medios, lo que en realidad se quiere salvaguardar, caiga quien caiga?

¿Qué aporta a una opinión pública madura y libre el dato -cuya divulgación la ley prohíbe- de que alguien está siendo investigado porque ha sido objeto de una denuncia, si luego esa persona va a ser judicialmente declarada libre de reproche porque la denuncia resultó infundada? Además de poner en entredicho el honor de tales personas, ¿no es mayor el daño que el beneficio que se deriva de esas informaciones para la opinión pública, a la que se alimenta de prejuicios y a la que se induce a errores? Puestos a ponderar el daño al honor del sujeto investigado y el beneficio para la opinión pública como justificante de la posible prioridad del derecho a informar¹⁶⁰, ¿no habría que aquilatar un poco mejor si tales beneficios existen o si no serán más bien perjuicios? Porque el único beneficio tangible que en estos casos se ve es el del periódico, por lo bien que se venden la alimentación del morbo y el sensacionalismo. Tal parece que en estos casos la ponderación es entre daño emergente del ciudadano agraviado por la información y lucro cesante del periódico. Por mucho que se quiera decir que en estos casos la restricción de tales informaciones perjudique a la formación de la opinión pública libre propia de una sociedad democrática. Democrática, cotilla y malsana, se supone.

A alguien se le puede ocurrir que lo interesante de esas informaciones para la opinión pública está en que ésta compruebe cuán a menudo son falsas las denuncias e infundadas las acusaciones. Pero entonces hay que darle a la sociedad la lección completa: obligar a que también se informe, con idéntica extensión y contundencia, del archivo de las diligencias y la consiguiente inocencia (jurídica) del investigado. Y mejor aún será la lección si se enseña a la opinión pública que el que pone gratuitamente en riesgo la fama de otro tiene que pagarla, haciendo que indemnice el que informó de lo que la ley no permitía y con asunción del riesgo de grave daño para la fama: el que asume el riesgo (y lleva, a cambio, el beneficio), que pague cuando resulta que el daño a la fama era totalmente inmerecido. Pues no olvidemos que el que causa tal minusvaloración en el honor e imagen no es ni quien hace la denuncia ni el juez que la investiga, sino quien informa de ella, con pelos, señales y nombres, antes de la apertura de juicio oral.

iii) Y ahora viene uno de los párrafos más llamativos de esta Sentencia. "No puede compartirse la afirmación del Tribunal Supremo de que la información enjuiciada en este proceso de amparo no fue rectamente obtenida al haberse conseguido por un medio <<torticero>>. Como sostiene el Ministerio Fiscal, ello *supondría introducir una limitación no prevista constitucionalmente* al derecho a difundir información veraz, puesto que negaría tal carácter a la noticia publicada por el hecho de proceder de un sumario en tramitación" (el subrayado es nuestro).

Y nos preguntamos nosotros: ¿acaso la exigencia, por ejemplo, de que la información tenga relevancia pública (tanto desde el punto de vista material como personal) no es "una limitación no prevista constitucionalmente al derecho a difundir información veraz", limitación introducida por el TC? ¿Acaso no pudo introducir, junto a los otros requisitos que viene sentando y repitiendo, el de la legalidad de la información? ¿Y qué hace constante y legítimamente el TC, al interpretar y concretar los derechos fundamentales que protege por vía de amparo, sino introducir limitaciones, matices y restricciones tendentes a organizar la interacción entre todos ellos? Resulta peregrino que sea el de

¹⁶⁰ En efecto, el TC ha declarado reiteradamente que a través de la libertad de información "no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático" (STC 61/2004, f. 3. Se remite a STC 21/2000, f.4, y a las SSTC allí citadas).

legalidad el único requisito no expresamente mencionado en la Constitución que no pueda hacerse valer allí donde el TC ha hecho valer tantos, como no podía ser menos.

¿O sí? En alguna ocasión anterior, el TC ha justificado la información sobre los datos del sumario y el proceso, toda vez que tal información era posterior a la apertura de juicio oral, pues de la etapa anterior, la referida por el art. 301 LECrim., decía lo siguiente: "Todas estas observaciones son directamente trasladables al espacio en el que se cruzan los derechos enunciados por el art. 24 de la Constitución con las libertades reconocidas por el art. 20 de nuestra Carta Magna, máxime cuando se ha decretado la apertura de juicio oral, pues, *si bien en la fase instructora la vigencia de la presunción de inocencia y del derecho al honor del imputado, así como las exigencias del secreto instructorio en orden a obtener el éxito de la investigación, constituyen, todos ellos, límites constitucionales más estrictos al ejercicio del derecho a transmitir información veraz*, una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata (art. 668 LECrim., con las únicas limitaciones de dicho precepto y las de los arts. 684 y 686-687)" (ATC 195/1991, de 26 de junio, f.j. 2º. Los subrayados son nuestros).

iv) Pero el párrafo de la STC 158/2003 con el que estábamos anteriormente sigue: "Debemos, pues estimar que dicha información periodística fue veraz, en el sentido arriba indicado, al haber observado los periodistas la diligencia constitucionalmente exigible en la comprobación de sus fuentes de información, *sin que quepa presumir su obtención irregular*, ni haya constancia alguna en las actuaciones de que la obtención de la noticia se hubiera producido mediante una conducta reputada como ilícita, dado que en el proceso <<a quo>> no aparece acreditada la forma en que el medio de comunicación tuvo acceso a las diligencias sumariales" (el subrayado es nuestro).

Sorprendente. Vayamos por partes. En primer lugar, expresa el TC que la información es legítima y jurídicamente válida porque no ha sido *obtenida* ilícitamente. Hay un nuevo y sutil desplazamiento retórico. La información, decimos nosotros, es ilícita, porque el art. 301 LECrim. la prohíbe en tal momento previo a la apertura de juicio oral, y esa ilicitud es absolutamente independiente de por qué procedimientos dicha información haya sido obtenida por el periodista. La licitud en el modo de obtención no sana en modo alguno la ilegalidad de la publicación. Pero ya sabemos que en esto al TC le importan más las maneras que el fondo: una información prohibida se convierte en legal si está bien comprobada y es interesante.

En segundo lugar, una verdadera perplejidad: ¿de qué modo puede un periodista obtener lícitamente una información que se encuentra sometida, por imperativo del citado art. 301 LECrim., a un deber de secreto hasta que se abra el juicio oral, secreto por cuya vulneración se prevén sanciones para abogados y procuradores, funcionarios y cualquier otra persona?¹⁶¹

Opina el TC que no cabe presumir aquí la obtención irregular. Más bien parecería al revés y que lo difícil es imaginar una obtención regular de tales informaciones sumariales. Que el periodista pueda conseguirlas sin cometer delito (sin robarlas él, por ejemplo) no significa que la obtención se convierta entonces en regular, pues necesariamente tendrá que concurrir la acción irregular de alguna de las personas obligadas legalmente a mantener el secreto. Que, como dice este párrafo, no haya constancia alguna de una concreta conducta ilícita y que en el proceso no haya resultado acreditada la forma en que el medio de comunicación tuvo acceso a las diligencias sumariales no es dato que convierta en lícita tal obtención, sólo indica que no se ha podido acusar a nadie en particular de tal conducta ilegal. Además, tampoco tiene nada de especial que no se acredite el modo en que el periódico tuvo tal acceso, dada la protección de que goza el secreto profesional de los periodistas.

¹⁶¹ Nuestro pleno acuerdo aquí con Otero González cuando, al hilo de la exposición y crítica de la línea jurisprudencial marcada por la STC 13/1985, mantiene que "ni toda información obtenida al margen del sumario es lícita, sino sólo aquella que no afecte al bien jurídico protegido por el secreto sumarial (...), y por otra parte, toda revelación de secreto sumarial es *indebida*" (op.cit., p. 124). Y añade: "conocimiento ilícito, según parece deducirse de la redacción de la sentencia, es aquél que proviene de aquellas personas que según el art. 301 de la LECrim. no pueden revelar el secreto sumarial, a saber, los que revelaren indebidamente, que son todos: abogados, procuradores, funcionarios y cualquier otra persona, luego, si toda revelación es indebida, todo conocimiento que proviene de esta revelación es ilícito (...), porque toda revelación del secreto sumarial, tal como hemos delimitado su ámbito (elementos integrantes del sumario), es indebida y, en consecuencia, todo conocimiento del secreto sumarial es ilícito" (ibid., p. 125).

En resumen, puesto que el secreto profesional del periodista lo faculta para no revelar quién de los obligados a guardar el secreto de las diligencias le desveló eso que no debía, y puesto que la publicación, con perjuicio para el derecho al honor o la intimidad, de lo así obtenido no es vista como problemática por el TC, y hasta puede pesar más que dichos derechos al honor y la intimidad, hemos descubierto el modo perfecto de defraudar la prohibición del art. 301 LECrim.: en lugar de que abogados o funcionarios, por ejemplo, revelen por su cuenta las diligencias secretas, con lo que se expondrían a una sanción, que se las "soplen" a un periodista, con lo que se garantizan la impunidad. Y si resulta que tienen algún interés en el pleito o alguna cuenta pendiente con el investigado, miel sobre hiuelas, pues se aseguran el daño para su enemigo sin riesgo de su parte.

¿Qué se consigue con este planteamiento del TC que acabamos de ver? En la práctica, y quiérase o no, dar por buena y fomentar la fuga de información de los juzgados a los medios de comunicación, sin el más mínimo respeto al carácter secreto de las diligencias sumariales y con grave riesgo, como salta a la vista, para la integridad moral de cualquier sujeto que en ellas pueda aparecer mencionado¹⁶².

v) Como el propio TC recoge expresamente (f.j. 6º), "ciertamente, la investigación sumarial concluyó, en lo que ahora importa, que el despacho Triay & Triay no estaba implicado en la llamada operación <<Nécora>>", lo cual, según el TC, en nada afecta a la legitimidad de la información vertida en su momento por el periódico, pues es doctrina sentada por el Tribunal que el derecho a informar no se circunscribe a informar sólo de lo que sea o resulte verdadero, sino de aquello cuya certeza o verosimilitud se haya comprobado diligentemente. Veracidad no equivale a verdad demostrada. Y dice: "De ahí que la prueba de la veracidad no pueda consistir en la acreditación de que lo narrado es cierto, puesto que ello constituiría una <<probatio diabolica>>, por imposible en la mayoría de los casos. Dado que el canon de la veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible, el objeto de su prueba no son los hechos en sí objeto de narración, sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados, de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados". Nuevamente conviene un análisis calmado de estas afirmaciones.

En primer lugar, una cosa es obligar al informador a probar que es rigurosamente cierto y verdadero aquello de lo que informa -lo que, en efecto, constituiría a veces una <<probatio diabolica>>-, excluyendo toda posible información errónea, aunque diligente y prudente en grado máximo, y otra cosa es que la prueba ulterior de la falsedad de lo informado quede absolutamente carente de consecuencias y no deslegitime ni en el más mínimo grado la información, que no tenga ninguna consecuencia jurídica. Obviamente, aquí no se puede proceder sino casuísticamente. Por eso, atengámonos al tipo de casos que estamos observando. Reconocer el derecho del agraviado por la información (y después demostrado jurídicamente inocente) a algún grado de indemnización o compensación, ¿no sería una buena manera de incitar a los medios a extremar la prudencia a la hora de mencionar nombres e imputaciones en la fase de diligencias de investigación?

En segundo lugar, se expresa aquí que el objeto de la prueba relevante para la veracidad "no son los hechos en sí objeto de la narración, sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados, de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados". Pero esto tiene graves problemas. Se vuelve a confundir la prueba de que hay un sumario en el que se investiga un delito con la prueba de que un sujeto pudo cometer un delito. La verdad de lo primero es totalmente independiente de la verdad, y hasta de la verosimilitud, de lo segundo. Por eso la LECrim. ha querido proteger el honor de los investigados antes del juicio oral, por la alta probabilidad de que no haya nada que reprocharles ni razón, por tanto, para soportar una crítica pública. Con ello parece que se

¹⁶² Nuestro acuerdo de nuevo con Rodríguez Ramos, cuando asevera que la dialéctica procesal entre publicidad y secreto "es más teórica que práctica, porque la hipertrofia o hiperbolía de un mal entendido derecho y deber de informar, lleva a extremos claramente ilegales e incluso delictivos, cual es el caso de las filtraciones a los medios de comunicación, desde fiscalías y juzgados, de informes o resoluciones de los que se entera el justiciable y su abogado por la radio, la televisión y/o la prensa, antes que por su procurador". Y sigue más adelante: "La filtración desde fiscalías y órganos jurisdiccionales de informes y resoluciones, incluso con anterioridad a su notificación a los justiciables, que los conocen a través de los medios de comunicación, y no de su procurador y su abogado, son prácticas claramente anómalas, si no delictivas, que deben cortarse radicalmente" (ibid.). Pues bien, con tales prácticas acabaría en gran parte una línea jurisprudencial opuesta a la que viene manteniendo el TC y vemos en las dos sentencias que en este apartado estamos analizando.

rinde claro homenaje al art. 20.4 CE y al carácter especial que asigna al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen como límite a la libertad de informar¹⁶³. Aunque el TC no lo vea así.

2. DILIGENTE TORPEZA. O DE CÓMO SER VERAZMENTE ACOSADOR SEXUAL SIN HABER ACOSADO NADA.

ANÁLISIS DE LA STC 61/2004, DE 19 DE ABRIL (Ponente Pérez Vera).

A nuestro modesto entender, estamos ante una de las más tremendas sentencias del TC en estas materias en los últimos tiempos. Nos enseña bien a las claras que el requisito de veracidad, una de las tres condiciones de prevalencia de la libertad de información del art. 20.1 CE sobre el derecho al honor del art. 18.1 CE, se ha convertido en el coladero que hace dicha preferencia poco menos que absoluta, pues veraz parece cualquier información dañosa para el honor con tal que el periodista *cite* alguna fuente que pueda reputarse fiable en términos generales, aun cuando la divulgación de lo en esa fuente contenido esté prohibida, como ocurre en las dos sentencias antes analizadas, o aunque, como sucede en ésta, el periodista torpemente (o con dolo, no se sabe) tergiversar sensacionalista y dañosamente lo que en esa fuente ha averiguado. Veamos esto último y preparémonos para las sorpresas.

Los hechos son los siguientes, tal como la propia Sentencia los narra: "En el artículo, titulado <<Denuncian por acoso sexual a un guardia de seguridad de Canterac>>, se afirmaba que el Gerente de la Fundación Municipal de Deportes admitió en una reunión que este organismo tenía noticias de denuncias sobre un guardia de seguridad del polideportivo municipal de Canterac por acoso sexual. Y se añadía que en el acta de la reunión constaba que "la denuncia fue originariamente presentada por una monitora de natación del polideportivo Canterac por entender que era objeto de una constante persecución por parte del citado guardia de seguridad, que responde al nombre de Bonifacio, según la citada acta".

En suma, un periódico había informado de que el Gerente de dicha Fundación Municipal había admitido, en una reunión de la misma y al hilo de una intervención en la fase de "ruegos y preguntas", que una monitora de natación había denunciado por acoso sexual a un guardia de seguridad llamado Bonifacio. El tal Bonifacio acudió a los tribunales en reclamación por su honor dañado y el periódico fue condenado en primera instancia por intromisión ilegítima en el derecho al honor, y esa condena fue ratificada tanto por la Audiencia Provincial como por el Tribunal Supremo. Las tres instancias fundan la condena en que la información no cumplía con el requisito de veracidad, pues en el acta de la reunión de la Fundación Municipal se hablaba meramente de acoso, no de acoso "sexual", y se insiste en que el periodista no hizo uso de otras posibilidades para contrastar su información sobre la índole del acoso, como pudiera ser hablar con la propia denunciante o con el gerente de la Fundación que hizo aquellas manifestaciones en la reunión de ésta. Sólo habló con una Concejal que declaró en el proceso que no recordaba si había usado la palabra "sexual" como calificativa del acoso en su conversación con el periodista. Esos son los hechos declarados probados por los Tribunales en el caso, hechos probados que el TC tiene que respetar y afirma que respetará. Y como éstos son los hechos y el TC va a conceder el amparo, es la valoración de esos hechos lo que tendrá que modificar, aun cuando nos parezcan tan claros y aun cuando dicha valoración distinta precise de los torcimientos dialécticos y las fintas sorprendentes que vamos a ver a continuación, para lo que desglosaremos los pasos del razonamiento del TC.

1. Vamos primero con el asunto de los hechos probados, pues éste es un tema en cuya enunciación ya se contiene a veces una hábil ocultación retórica. Dice el TC (f.j. 2), que "En todo caso, nuestro examen debe respetar los hechos considerados probados en la instancia [art. 44.1 b)

¹⁶³ En opinión de Carlos Ruíz Miguel, la "relativización" que el TC hace del límite a la libertad de información establecido por dicho art. 20.4 CE en favor del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, "significa lisa y llanamente violar la Constitución" (Ruíz Miguel, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 254). El TC, a partir de su Sentencia 104/1986, habría operado una auténtica mutación constitucional, en opinión de dicho autor. Tal mutación resultaría ilegítima por ser claramente vulneradora del texto constitucional, facultad que el TC no posee (ibid., pp. 259-262).

LOTIC] que, en el supuesto que nos ocupa, *se reducen a la existencia de la controvertida información publicada en el diario <<El Mundo de Valladolid>> el día 23 de abril de 1993 bajo el titular <<Denuncian por acoso sexual a un guardia de seguridad de Canterac>>. Con escrupuloso respeto a tales hechos*, la cuestión que debe resolver el presente recurso de amparo consiste en verificar si las Sentencias impugnadas, al valorar aquella información, llevaron a cabo una integración y aplicación constitucionalmente adecuada de la libertad de información [art. 20.1 d) CE] y del derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE)" (el subrayado es nuestro).

Pero no, no son esos los hechos tenidos por probados en la instancia. Esos son los hechos que originan el caso, sin duda, son los hechos que dieron pie a la demanda del guardia aludido en tal información. Pero ahí no hay ni uno solo de los hechos que en la instancia se han considerado probados y en los que, por tanto, se había basado el juicio de que existía intromisión ilegítima en el honor. No es el hecho de la información en sí, único que parece que el TC considera probado (bien fácil es esta prueba, ciertamente), lo que determina el daño en cuestión, sino peculiaridades de la obtención y fundamentación diligente de tal información, que determinan que las sucesivas instancias no la consideren veraz por negligente, en el mejor de los casos.

Al omitir la mención de tales circunstancias y datos entre los hechos que tiene que dar por probados, por haberlos considerado así la jurisdicción ordinaria, el TC se evita la difícil tesitura teórica de tener que admitir que para enmendar el juicio del TS tiene que realizar una valoración diferente de aquellos otros hechos considerados probados, lo que fácilmente puede verse como nueva apreciación de la prueba. Y ya estaríamos en el marco de las colisiones competenciales. Porque ¿cómo, sino valorando o apreciando de otro modo los hechos probados, puede el TC en este caso y en todos los similares "resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar información veraz y el derecho al honor, determinando si efectivamente se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales"¹⁶⁴ (f.j. 2)?

Aquí se contiene uno de los más insondables misterios de nuestra jurisprudencia constitucional, que en este lugar sólo podemos enunciar y no tratar en detalle. A saber, cuál es el contenido que "constitucionalmente corresponde" a cada uno de los derechos. En realidad lo que el TC hace es establecer una serie de reglas de preferencia entre derechos, reglas condicionadas a la presencia de ciertos requisitos. En el caso de la relación entre la libertad de información y el derecho al honor, la regla elaborada y reiteradísimamente aplicada por el TC vendría a decir, en síntesis, que la libertad de información prevalece sobre el derecho al honor siempre que concurren tres condiciones: que lo informado tenga relevancia o interés público, que sea veraz (en el sentido de obtenida con la debida diligencia profesional del informador) y que no esté expuesto de modo gratuitamente ofensivo. Pues bien, qué tenga interés público y qué no, qué comportamiento informativo es diligente y cuál negligente y qué sea ofensa gratuita y no necesaria para dar cuenta de los hechos informados son aspectos que necesariamente tiene que apreciar el juzgador valorando los hechos probados. Y cuando el TC corrige a la última instancia judicial está sustituyendo su valoración de los hechos a la luz de esas categorías (interés, diligencia, ofensividad). Pero prefiere no denominar así su labor, sino decir que se trata de "verificar" "si efectivamente se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales". Pero ¿a qué estamos llamando "criterios"? Puesto que, en sentencias como la que ahora vemos, los órganos judiciales han realizado su juicio examinando esas tres condiciones o criterios establecidos por el TC y que ya hemos mencionado reiteradamente, no serán éstos los criterios distintos que el TC dice que puede aplicar (y aquí aplicará). Así que habrá que concluir que tales criterios distintos consisten ni más ni menos que en los valores o pautas axiológicas que en su consideración dan sentido en el caso a aquellos requisitos de interés, veracidad y no ofensividad. Los valores casuísticos del TC, en suma.

¹⁶⁴ Es esta cláusula doctrina reiteradísimamente, entre muchas otras, en las SSTC que en ese mismo fundamento se citan.

Pero repárese en que estamos circulando, de pronto, cuesta abajo, pues si se nos da la razón en lo anterior, también habrá que tener por cierto lo siguiente: que "el contenido que constitucionalmente corresponde" a cada derecho será el que determinen los valores y valoraciones del TC para el caso. ¿En qué se diferencia, entonces, la labor del TC en el amparo del de una última y suprema instancia judicial?

2. El TC señala que, puesto que del interés público de la noticia nadie ha hecho cuestión en el proceso, toda la clave del asunto está en el requisito de veracidad de la información¹⁶⁵. Y a continuación repasa su doctrina al respecto (f.j. 4), en términos que, no por conocidos, dejan de merecer cita aquí para luego contrastarlos con la llamativa conclusión del caso. En efecto, el requisito de veracidad "no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado". Se trata, pues, de establecer "un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como 'hechos' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos". A esto se suma que el nivel de diligencia exigible "adquirirá su máxima intensidad, <<cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere>>", y "de igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia".

Sentada bien claramente la doctrina que ha de guiarnos en el enjuiciamiento de los hechos, vamos ahora con los que en instancia se han considerado probados y cuyo acaecimiento el TC no discute (ni puede discutir).

i) El periódico informó, en los términos ya expuestos, de una denuncia por acoso sexual contra el guardia de seguridad llamado Bonifacio.

ii) En el acta de la reunión de la Fundación Municipal en la que se dio cuenta de tal denuncia figura qué ésta es por "acoso", pero nada se menciona de que el acoso sea de tipo "sexual".

iii) El periodista consultó dicha acta para elaborar su información.

iv) El periodista consultó sobre el asunto a una Concejal "quien declaró en el juicio no recordar si en la conversación con el periodista utilizó la expresión <<sexual>>, pero consideró correcto el texto de la letra pequeña de la noticia" (f.j. 6).

v) El periodista no realizó ninguna otra contrastación y no habló ni con el denunciado, ni con la denunciante ni con quien, como gerente de la Fundación Municipal de Deportes, manifestó en la reunión de ésta la noticia.

¹⁶⁵ Pero no está de más que recapacitemos sobre qué interés puede tener la opinión pública en conocer que se dice que hay una (mera) denuncia (no judicial) de alguien contra alguien por acoso sexual. ¿Dónde está lo interesante? ¿En que hay una denuncia? Entonces todas las denuncias deben poder ser contenido de noticias que den cuenta de la identidad del denunciado con suficiente claridad para que pueda ser fácilmente identificado, como aquí. ¿En que es por acoso? En este caso se nos ocurre que si el acoso se considera relevante, lo serán todos y cada uno de los posibles asuntos de denuncia, todos los que, como éste, afecten meramente a la relación entre dos particulares y muy escasamente al interés general. ¿O en que es sexual el acoso denunciado? Mal asunto si fuera esta la respuesta. Lo que sí es cierto es que es el supuesto carácter sexual del acoso lo que hace interesante la noticia... para el periódico.

Bien habría estado una aplicación consecuente de la doctrina anterior del propio Tribunal, expresada, por ejemplo, en la STC 52/2002, f.j. 8: "No puede dejar de recordarse al respecto que una información posee relevancia pública, porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, y que es precisamente la relevancia comunitaria de la información lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, de modo que, sólo cuando lo informado resulte de interés público o general... puede exigirse a quienes afecta o perturbe el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras del conocimiento general y de la difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad (SSTC 134/1999, de 15 de julio, F. 8; 154/1999, de 14 de septiembre, F. 9). En este caso el TC consideró que carecía de relevancia pública la noticia de que tenía antecedentes penales por violación un sujeto que había sido investigado por la policía por un delito y luego descartado como partícipe en él.

vi) Pasaron cuatro meses, de enero a abril, desde que la información se dio en la reunión de la Fundación hasta que la noticia apareció en el periódico, lo cual, en opinión del Supremo, es tiempo más que suficiente para una esmerada contrastación de la misma.

vii) La Audiencia Provincial tuvo por probado y el Tribunal Supremo asume tácitamente que "en términos de lo que constituye la verdad formal, de la prueba practicada en estas actuaciones se pone de manifiesto que no hubo acoso sexual" (recogido en f.j. 5 de la sentencia que comentamos).

Ponga el lector en relación estos hechos así extractados con la doctrina del TC sobre la veracidad arriba citada y juzgue si el periodista actuó o no con la adecuada diligencia profesional. El Tribunal Supremo estimó que no, y condenó, como ya sabemos. Por contra, el TC aprecia diligencia suficiente y, con ello, cumplimiento bastante del requisito de veracidad, de modo que otorga al amparo y tiene por legítima la intromisión en el derecho al honor del guardia Bonifacio. Para ello el TC ha tenido que valorar a su manera los hechos referidos, y vamos a ver cómo lo hace.

i) Sabemos que la información resultó falsa y que no hubo tal acoso sexual. Y al respecto el TC insiste en su doctrina de que "La veracidad de una información en modo alguno puede identificarse con su <<realidad incontrovertible>>, puesto que ello constreñiría el cauce comunicativo únicamente a los hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (SSTC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3; 2/2001, de 15 de enero, FJ 6). De ahí que la prueba de la veracidad no pueda consistir en la prueba de que lo narrado es cierto, dado que el canon de la veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible, el objeto de su prueba no son los hechos narrados sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados" (f.j. 5).

Ya estamos ante un buen ejemplo de desplazamiento retórico de la perspectiva. Se afirma que la información, aunque falsa o errónea, no es inveraz por ser falsa o errónea. Claro que no, pero no es eso lo que se discute como causa de falta de veracidad. Lo que a tal efecto se invoca es que a cualquier observador simplemente normal y con una diligencia media, ni siquiera la esmerada y profesional que se pide a un periodista, ya tenía que haberle parecido que en las fuentes manejadas no había base ninguna para hablar de un caso de acoso sexual, pues en el acta consultada no figuraba tal expresión y la Concejal con la que habló el periodista dice que no recuerda haber mencionado tal extremo en su conversación. O sea, no hay más remedio que concluir que lo de "sexual" es de la pura y personal cosecha del periodista. Y entonces ya no estamos en el terreno al que el TC quiso llevarnos, el de las informaciones erróneas obtenidas con la debida diligencia, sino en el de las informaciones inventadas (porque inventado es, según los hechos probados -y otros que no sean los probados no pueden ser tenidos en cuenta en un proceso judicial ni en un proceso por amparo- lo relevante que hace el caso y provoca el daño, el carácter sexual del supuesto acoso). Y entonces la pregunta ya no es qué requisitos debe reunir una información para ser veraz, aunque resulte falsa o errónea; no, la pregunta que propiamente tocaría responder aquí es: ¿qué requisitos debe satisfacer, si es que alguno cabe, una información inventada para ser veraz? Pues, al parecer, ningún requisito puede hacer veraz una información inventada, ya que, según nos ha reiterado el TC en el fundamento 4º de esta Sentencia, ya citado, el requisito de veracidad va dirigido "a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien *meras invenciones* o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente" (subrayado nuestro).

Por supuesto, cabe que en este punto el debate se torne en meramente lingüístico, sobre qué deba entenderse por "mera invención". Alguien, tal vez el TC, pudo pensar que no había mera invención puesto que efectivamente se dio cuenta en la reunión de la Fundación Municipal de la existencia de una denuncia por acoso contra el guardia. Y alguien, aún más atrevido, hasta puede tomar por lógico que cualquier informador bienintencionado estime que qué acoso va a ser ése que no sea acoso sexual¹⁶⁶. Pero eso sería nuevamente maniobra de despiste, pues lo que da su entidad a este asunto, por lo que tiene tanto de falso como de particularmente dañoso, es la índole del acoso sobre el que se informó: sexual. Y esto sí que es inventado (al menos para el derecho), pues probado quedó

¹⁶⁶ ¿O quizá precisamente un periodista debe estar habituado a tratar con noticias sobre otros tipos de acoso, como el acoso moral, pongamos por caso?

que el periodista no lo contrastó fehacientemente por ninguna de las vías que a su alcance tuvo durante cuatro meses.

El TC sí toma en consideración que el periodista intercambió impresiones con una Concejal que no recuerda haber dicho que la acusación de acoso lo fuera concretamente por acoso sexual, pero que "consideró correcto el texto de la letra pequeña de la noticia" (f.j.6), lo cual, esto último, al parecer es un dato en favor de la diligencia del periodista. Aquí merece la pena un análisis minucioso de este razonamiento:

- La Concejal no recuerda haber dicho al periodista que el acoso fuera sexual.

- Por tanto, el periodista no puede escudarse en que fue correcta su diligencia al publicar la noticia del acoso sexual, puesto que la Concejal se lo ha dicho. No consta que se lo dijera (no le consta a ella misma, según su testimonio en el proceso), por lo que en derecho no puede valer como que sí se lo dijo.

- La Concejal ha declarado que cuando leyó la información en el periódico "consideró correcto el texto de la letra pequeña de la noticia". No sabemos a qué se referirá ese acuerdo con la letra pequeña y habrá que suponer que no excluye el acuerdo de la Concejal con el titular, que era "Denuncian por acoso sexual a un guardia de seguridad de Canterac".

- El TC considera relevante, en pro de la diligencia del periodista al obtener la noticia, el que la Concejal estuviera de acuerdo con el texto (¿la letra pequeña?) de la misma cuando la vio publicada. ¿Debemos entender que el acuerdo al leerla sana retroactivamente la posible falta de diligencia al obtenerla? Si la Concejal no recuerda haberle dicho que el acoso fuera sexual, si en el acta de la reunión de la Fundación no consta ese extremo, y si el periodista no ha realizado ninguna otra diligencia para contrastar su información ¿qué quita o qué pone para la diligencia en la obtención el que la Concejal esté de acuerdo con la letra pequeña del texto en que se informaba? Porque no olvidemos que la Concejal sólo pudo leer dicha noticia... a los cuatro meses de la reunión en la que se había dado cuenta del acoso, supuestamente sexual, aunque ni un testimonio se aporta de que realmente nadie hubiera creído o sabido en ningún momento que fuera de acoso sexual la denuncia; salvo para el periodista, claro. Pero que él solo lo haya creído no es requisito bastante de la veracidad; ¿o sí?

ii) Seguimos con el tema de las relaciones entre verdad y veracidad de la información. El TC, después de admitir que demostrado quedó en el proceso que no había denuncia por acoso sexual, sino "una simple queja laboral", y que, por tanto, la información dañosa para el honor del guardia era errónea, insiste en que tal defecto no empaña el que la información haya sido veraz por suficientemente comprobada y acreditada por el periodista, sin negligencia. Y esa veracidad queda patente, para el TC, por la circunstancia de que el periodista hizo dos tipos de comprobaciones: consultar una copia del acta de la reunión de la Fundación Municipal de Deportes y ponerse en contacto con una Concejal. Tremendos indicios de veracidad, y desconcertantes, por más señas, pues no podemos olvidar que:

- i) Esa acta consultada no contenía ninguna referencia a un acoso sexual.

- ii) La Concejal declaró en juicio que no recordaba si había dicho al periodista que el acoso aludido era sexual.

¿Es diligente y veraz, y como tal merecedor de protección constitucional en mayor medida que el agraviado en su honor, un periodista que proclama que Bonifacio ha sido denunciado por acoso sexual, pese a que de las dos fuentes (sólo) que ha consultado, una, la principal y que hace fe en términos jurídicos, nada dice al respecto, y la otra no recuerda haber dicho nada? O sea, lo del acoso sexual lo inventó el periodista; eso sí, verazmente.

iii) Pero falta lo mejor, la última vuelta de tuerca. Atención a este párrafo (f.j. 6). Refiriéndose a la tan mencionada acta y a la consulta con la Concejal, afirma el TC: "Pues bien, estos datos permiten afirmar que la información publicada *se elaboró a partir de los datos procedentes de fuentes informativas serias y solventes y no con la endeble base de simples rumores o más o menos fundadas sospechas impregnadas de subjetivismo* (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 7). Como afirma el Ministerio Fiscal, si el periodista entendió que la persecución o acoso era de naturaleza sexual no fue porque se hizo eco de un rumor inconsistente o insidioso, sino porque *se lo dijo alguien* a quien, por el

cargo que ostentaba y por la relación mantenida con la interesada, atribuía veracidad, no siendo constitucionalmente exigible una nueva contrastación de la información así obtenida con otras fuentes" (los subrayados son nuestros).

Mantengámonos fríos en el análisis y volvamos a descomponer los elementos principales de tal razonamiento:

i) Las fuentes cuentan como serias y solventes, sí, pues eran un acta de un organismo municipal y las consideraciones de una Concejal. ¿Pero de qué sirve la solvencia de las fuentes si se las toma como pretexto para informar de lo que en ellas no se contiene o ellas no dijeron? Es decir, imagine el lector que yo soy periodista e informo de que usted ha sido acusado de corrupción de menores, por ejemplo, escudándome en que he consultado un acta de una reunión de su comunidad de vecinos en la que uno de ellos le hace tal imputación y en que he hablado con un asistente a la reunión; aunque ni en dicha acta se contenga mención a ese delito suyo ni el asistente en cuestión recuerde haberme confirmado lo del delito. ¿Qué le parecería si, ante su reclamación por causa de su honor maltrecho, se le replicara que la información es veraz por ser serias y solventes mis dos fuentes? Usted diría: ¡pero si tales fuentes no dicen lo que usted informó! Pues eso, si son solventes las fuentes no hace falta que lo sea la información¹⁶⁷.

ii) Pero, ¿en qué quedamos?, ¿dicen o no dicen? Repárese en que el TC, en el párrafo arriba citado, manifiesta que la información sobre el acoso sexual es veraz, y no un "rumor inconsistente o insidioso", porque al periodista "*se lo dijo alguien*" a quien por razón de su cargo atribuía veracidad. ¿Pero quién se lo dijo? ¿Por qué no nos revela el TC quién se lo dijo? ¿Sería la Concejal? Consta que ella no recuerda si se lo dijo, por lo que no tenemos por qué presumir que sí se lo dijo¹⁶⁸. ¿Sería el gerente de la Fundación, o la denunciante, u otros asistentes a la reunión, o el propio Bonifacio? No, pues no el periodista no contrastó la información con el testimonio de ni uno solo de ellos, y eso fue un dato crucial en el juicio del Tribunal Supremo sobre la falta de veracidad informativa en el caso.

Pero el TC opina que, dada la fiabilidad y solvencia de las dos fuentes con que contó el periodista, "no era constitucionalmente exigible una nueva contrastación de la información así

¹⁶⁷ Es muy interesante la analogía con el asunto y la resolución de la STC 52/2002, de 25 de febrero. Una periodista había informado en un periódico que un sujeto que había sido investigado y luego descartado por un delito contra la vida tenía antecedentes penales por violación. Pero había un error, pues tales antecedentes eran policiales, no penales. La periodista había obtenido su información en la Jefatura Superior de Policía, pero en algún momento se coló el error que hizo que cambiara antecedentes "penales" por antecedentes "policiales". El TC dice también aquí que la fuente es "seria, fiable y solvente" (f.j. 7), pero la solvencia de la fuente no justifica el error en la comprensión o interpretación que la periodista hace de la información que de esa fuente fiable recibe. Aquí la solvencia de la fuente no sana el error de comprensión del periodista ni, por tanto, convierte su despiste en diligente. Oigamos al TC: "Mas lo que acontece en el presente supuesto es que el dato suministrado por la fuente informativa en la que se ampara la autora de la información no era que el demandante en el proceso «a quo» tuviera antecedentes penales por una violación, sino, como ella misma reconoce en la prueba de confesión judicial, que tenía antecedentes policiales. La conclusión que se impone, por tanto, no es otra que la de la indudable inveracidad de la información relativa a los antecedentes penales de don Gaudencio Inocencio L. P. por una violación acaecida hace doce años y por la pena de arresto menor que le habría sido impuesta en otra ocasión" (f.j. 7). No olvida el Tribunal que el asunto es sumamente sensible y requiere del informador especial esmero: "resulta preciso indicar que en este caso el deber de diligencia debe de exigirse en su máxima intensidad, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que antes se ha dejado constancia, en atención al grave descrédito que supone el dato que se divulga, por el delito cuya comisión se le imputa, en el prestigio y honorabilidad de la persona afectada, que además no ostenta una posición con relevancia pública (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, F. 8)". La conclusión, por tanto, se impone: "la información publicada, en el extremo aquí controvertido, no era, en definitiva, veraz y, en lo que ahora verdaderamente interesa, que su autora no observó la diligencia exigible en la comunicación de lo informado, sin que proceda entrar a examinar las circunstancias subjetivas que hubieran podido inducir a la periodista a incurrir en el error o en la inexactitud apreciada, puesto que dicho tipo de circunstancias se escapan de una aprehensión no arbitraria por parte de este Tribunal (STC 52/1996, de 26 de marzo [RTC 1996\52], F. 8)" (f.j.7).

¿No hay entre este caso y el que venimos analizando similitud más que patente como para justificar la aplicación de la misma doctrina? ¿Cómo no ver en esta jurisprudencia un puro repertorio de decisiones casuísticas sin verdadera pauta previamente cognoscible?

¹⁶⁸ No se olvide que no sólo estamos jugando con la legitimidad de la información; en el otro platillo de la balanza está el derecho al honor de Bonifacio, al que la información imputa un ilícito grave, posiblemente un delito. ¿No debería jugar aquí la presunción de inocencia del agraviado tanto o más que la presunción de diligencia del periodista, que al parecer es la única que cuenta, a pesar de todos los pesares?

obtenida con otras fuentes". ¿Para qué más testimonios y controles si la convicción del periodista es tan firme que ni siquiera ha necesitado ser ratificada por sus dos fuentes solventes?

iii) Al fin y al cabo, toda información contiene una dosis mayor o menor de subjetivismo: "no puede imputarse al informador una actitud negligente o falseadora por haber interpretado en un determinado sentido los datos recibidos, y concluir de ellos que se trató de una denuncia por acoso sexual, pues la narración del hecho o la noticia comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla; de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales" (f.j. 6, con remisión a STC 192/1999, f.j.6¹⁶⁹). El periodista "reprodujo" en su información lo que ni vio escrito en el acta ni le dijo nadie con una mínima seguridad, y no se preocupó de más comprobaciones; pero se le presume sinceramente convencido de que el acoso era sexual y con eso basta para que se tenga por suficiente su diligencia.

¿Qué cosa más natural que el que el informador entendiera en todo momento, y pese a que nadie le daba la razón, que Bonifacio había sido denunciado como acosador sexual y así lo publicara? Ante una información tan veraz tiene que ceder, sin duda, el derecho al honor de Bonifacio. A esto se le suele llamar ponderación. Lo importante es que los periódicos sigan alimentando una opinión pública libre y sanamente informada. Que Bonifacio haya tenido más de un problema con su nueva imagen en su casa y en su barrio es cuestión que no tiene por qué alterar el resultado del pesaje. *Minima non curat praetor.*

¹⁶⁹ Esta remisión al fundamento 6 de la STC 192/1999 es errónea, pues es en el fundamento 4 donde se contiene la citada doctrina.

Borrador¹⁷⁰

A)Planteamiento.

1. La decisión jurídica y sus métodos.

1.1. El problema de la racionalidad.

Este trabajo pretende insertarse dentro de los intentos de construir una teoría de la decisión jurídica racional. Es éste el campo que en nuestros días suele transitar la llamada teoría de la argumentación jurídica. Dentro de ese marco nuestra propuesta tiene en común con aquella teoría la pretensión de superar los planteamientos puramente irracionalistas de la decisión judicial, esto es, de afirmar que existen parámetros y criterios mínimamente objetivos y operativos a los efectos de controlar dicha racionalidad y, por tanto, de fundamentar el juicio que se pueda realizar acerca de si una decisión judicial es racional o irracional. Mas, como luego insistiremos, no compartimos la ilusión de que se puedan proporcionar tales parámetros para dirimir de la corrección material de las valoraciones que el juez lleva a cabo como base de su decisión. Sí pensamos, en cambio, que existen criterios formales que funcionan como exigencias mínimas de tal racionalidad, criterios que tienen que ver fundamentalmente con el modo como el correspondiente razonamiento decisorio se estructura y con el grado de sustento que se proporcione para las premisas que en el mismo concurren. Este enfoque no es original, sino muy habitual en nuestros días, y podría resumirse en la idea de que decisión racional (O, al menos, o irracional) es aquella que va avalada por una motivación suficiente y que respeta las reglas de la lógica en el modo en que los argumentos que componen dicha motivación se conectan con la decisión final o fallo. El asunto principal estriba en saber qué notas ha de reunir una motivación que pueda tildarse de suficiente.

La cuestión de cómo y con qué elementos y base puede y debe razonar el juez para hallar y fundamentar adecuadamente sus decisiones es el tema tradicional de la metodología jurídica de interpretación y aplicación del derecho. La doctrina metodológica propone guías para el razonamiento judicial y sus diferentes pasos y etapas: la interpretación de las normas, la valoración y prueba de los hechos, el colmado de lagunas, la resolución de antinomias, etc. Y ya sea por efecto del valor intrínseco de tales métodos o guías, ya por el adoctrinamiento metodológico, ya por imperativo de la correspondiente cultura jurídica en que tales métodos se insertan y cobran sentido y utilidad, esos métodos gozan, al menos en su núcleo básico, de general aceptación en la doctrina y de habitual uso en la práctica judicial.

¹⁷⁰ El autor no autoriza la cita ni la utilización ni total ni parcial de este borrador provisional en ningún tipo de publicación de difusión general.

Podemos, pues, dar por sentado que la actividad judicial decisoria es una actividad metódica, que se estima que debe ser y de hecho es guiada por ciertos métodos o modos estandarizados de proceder.

1.2. La relación entre métodos y racionalidad de la decisión: tres puntos de vista.

Cuestión distinta es el debate sobre cuál sea el valor real y la razón de ser de dichos métodos generalmente operativos.

De la literatura metodológica del siglo XIX y XX podemos entresacar tres maneras principales de concebir la función de los métodos de interpretación y aplicación del derecho: los métodos como instrucción técnica precisa, como herramienta retórica y como argumento justificatorio de una decisión *prima facie* correcta.

- La primera de esas concepciones, la del método como instrucción técnica suficientemente precisa y operativa para de conducir a la decisión judicial correcta, la vemos representada en la metodología jurídica dominante en el siglo XIX, desde Savigny a la Jurisprudencia de Conceptos o la Escuela de la Exégesis, y estaría presente, con algunos matices que suavizan tal optimismo, en lo que podemos llamar la metodología más □ortodoxa□ del siglo XX, representada por ejemplo por la Jurisprudencia de Intereses o la Jurisprudencia de Valoraciones; por no hablar de cómo de este modo se presentan y exponen los métodos en la dogmática civilista. Los métodos que se proponen ahí equivalen a instrucciones de uso de las normas jurídicas y los casos, instrucciones que garantizan, cuando son cabalmente seguidas, el acierto de la correspondiente decisión.

- La perspectiva opuesta, la de los métodos como puras herramientas retóricas, es la que se deja ver en doctrinas de corte realista, como pueda ser la de Ross. Los métodos en este caso son contemplados como herramientas de las que el juez se vale para encubrir los verdaderos móviles de su decisión con un ropaje de aparente objetividad y tecnicismo, con lo que realmente no guían el razonamiento y su función es meramente persuasiva e ideológica.

- En una posición intermedia se sitúan las actuales teorías de la argumentación, como la de Alexy. Se parte de que la decisión correcta es la dotada de suficiente justificación expresa, la que va avalada por suficientes y buenos argumentos. Y los diferentes métodos proporcionan argumentos que gozan de amplio consenso y de un fundamento suficiente, por estar a su vez apoyados en ciertos valores jurídicos a cuya realización coadyuvan, como para que el resultado de su uso, la consiguiente decisión, pueda considerarse como admisible o racional *prima facie*, es decir, mientras no haya buenas razones que justifiquen un resultado contrario.

En cada una de esas tres concepciones hay algo de aprovechable. La primera sirve para poner de relieve la importancia de los métodos como cauce de un razonamiento judicial que, sin ellos, se perdería irremisiblemente en la arbitrariedad y el radical subjetivismo, con el consiguiente coste para la seguridad de las expectativas sociales sobre el derecho. La segunda ha hecho tomar conciencia del carácter contradictorio de los métodos habituales, dado que sirven para justificar decisiones radicalmente distintas, con lo que el problema central pasa a ser el de si puede existir o no un control de la utilización racional de tales métodos, lo que ante todo alude a la necesidad de contar con metarreglas o metamétodos que eviten que la opción por un método u otro sea absolutamente discrecional y al albur de los gustos del juez de turno.

Por su parte, la tercera concepción ha servido sobre todo para centrar la discusión, mostrando que la naturaleza de los métodos jurídicos tienen más de tópicos que de otra cosa, que la justificación de cada uno radica en el consenso de que goza y que ese consenso va unido a los valores del ordenamiento jurídico que con cada método en el fondo se defiende. Además, estas doctrinas sitúan la discusión en el contexto de justificación intersubjetiva de la decisión, con lo que el debate logra desprenderse en buena medida del oscuro asunto de las intenciones o móviles personales del juez. Cosa distinta es que muchos de los cultivadores de la llamada teoría de la argumentación jurídica entiendan que la corrección *prima facie* que esos métodos garantizan pueda ceder ante razones más fuertes, entendidas como razones materiales con fundamento perfectamente objetivo. Ese cognitivismo que dichos autores profesan es un asunto que, en mi opinión, no empaña, aunque no se comparta, el acierto de ubicar el tema de la manera que hemos señalado.

1.3. □Una teoría normativa de los métodos jurídicos?

Creemos que se puede sostener que la actividad judicial decisoria es una actividad metódica, guiada por ciertos métodos. Ese carácter metódico puede sostenerse, en primer lugar, como dato empírico, pues es fácilmente constatable que en las sentencias de los tribunales se repite la invocación y uso de esos métodos generalmente admitidos en nuestra cultura jurídica. Pero nuestra afirmación del carácter metódico de la actividad judicial es también normativa, en el sentido de que creemos posible una teoría de los métodos jurídicos que dé pautas suficientes para poder diferenciar entre una decisión metódicamente correcta y una incorrecta. Y la corrección metódica sería, para la perspectiva que aquí asumimos, el indicador más válido de la racionalidad de la decisión. Por supuesto, una tal teoría requiere la construcción de una teoría de cada método, de sus requisitos de correcta utilización y de la interrelación entre los métodos.

1.4. Presupuestos de la teoría normativa de los métodos jurídicos.

Como ya hemos señalado, nos interesa una teoría normativa de los métodos jurídicos. Delimitaremos este propósito mencionando algunas cosas que esta teoría no atiende y otras que presupone o que son su punto de partida.

- No se pretende una enumeración y descripción empírica de los métodos o argumentos usuales en la justificación de las decisiones. Esto significa que no se intenta:

i) Describir el modo en que los distintos métodos aparecen usados en una sentencia o conjunto de sentencias, ni la mayor o menor frecuencia de su uso, ni las jerarquías que en las sentencias los jueces suelen establecer entre ellos, etc.

ii) Exponer los factores sociales, políticos, económicos, etc. que llevan en cada momento y lugar a los jueces a usar unos métodos u otros.

iii) Exponer ni reglamentar el proceso mental, psicológico, que lleva a los jueces a decidir de un modo u otro o con base en unos u otros argumentos, ni los condicionamientos personales que pueden determinar tal proceso psicológico.

Estos tres asuntos tienen el mayor interés teórico, por supuesto. El primero, sería el objeto de una muy necesaria teoría descriptiva de la argumentación jurídica. El segundo, sería un tema de la sociología jurídica y de la historia de la jurisprudencia. El tercero, constituiría materia de la psicología jurídica, concretamente de la psicología judicial. De las investigaciones en los tres apartados se seguirían, sin duda, consecuencias importantes para cosas tales como la enseñanza del derecho, los criterios de selección de los jueces, la organización de la independencia judicial, la regulación de la responsabilidad penal y disciplinaria de los jueces, la relación entre derecho, jueces y cambio social, la influencia de las ideologías y mentalidades en la eficacia del derecho, etc.

- Positivamente, se presuponen una serie de cuestiones, sin las que este enfoque normativo no tendría sentido, y que conviene explicitar:

i) Es posible diferenciar buenas y malas justificaciones de la decisión jurídica y, sobre esa base, clasificar las decisiones (los fallos) como racionales o irracionales. Decisiones racionales serán, así, las que estén bien justificadas.

ii) A la hora de establecer el criterio de bondad de la justificación (y de racionalidad de la decisión) utilizamos el que llamaremos □parámetro de racionalidad argumentativa débil□. Lo podemos desglosar así, en los siguientes componentes:

a) El razonamiento decisorio ha de ser **lógicamente correcto**, en su articulación final, que va de los motivos al fallo, y en sus pasos intermedios, en los que se justifican decisiones relativas a cosas tales como la elección de la norma, aplicable, la interpretación de la norma, el acacimiento y calificación de los hechos, etc.

Por tanto, partimos del carácter deductivo del razonamiento jurídico. El razonamiento decisorio que vulnere reglas de la lógica deductiva será incorrecto y la consiguiente decisión, irracional por deficientemente justificada. Con esto no tomamos partido por ningún tipo de formalismo lógico de la decisión jurídica¹⁷¹. Esto nos sirve para rechazar tanto el

¹⁷¹ La etiqueta de formalistas se suele poner, con ánimo crítico, a aquellas teorías que sostienen que el razonamiento jurídico está regido por las reglas de la lógica deductiva y a las que defienden, como aquí hacemos, que la decisión judicial debe ser compatible con el tenor □literal□ de la norma legal, cuestiones ambas que aquí aceptamos. Pero hay que hacer algunas puntualizaciones. En cuanto al carácter deductivo, hay que repetir una y mil veces que la lógica no es

irracionalismo empirista¹⁷² como el irracionalismo iusnaturalista¹⁷³ (tipo realismo □ clásico □, à la Villey, D'Ors, etc.).

b) La justificación de las decisiones judiciales ha de hacer uso de **métodos o argumentos admisibles**. Esta idea de admisibilidad de los métodos implica una toma de postura normativa que ha de ser justificada¹⁷⁴. Partamos de un ejemplo. Sería posible concebir un método de interpretación teológico (que estableciera que se ha de dar a la norma el significado que esté más en consonancia con la voluntad de dios) o un método de interpretación estético (que dispusiera que se debe otorgar a la norma el significado que permita a la norma configurarse como más aceptable desde un punto de vista estético). Prácticamente todos estaríamos de acuerdo en que estos dos métodos no son admisibles. □ Con qué base fundaríamos tal rechazo? Podríamos argumentarlo así:

- Dichos métodos no son *habituales* en nuestros días, están al margen de nuestra cultura jurídica, y hasta se oponen a valores fundamentales de la misma (como la diferenciación entre conciencia o gusto individual y patrones de comportamiento colectivo, y como pluralismo de creencias, etc.), aunque pudo no ser así en otro tiempo. Hay ahí, si se quiere, una cierta □ fuerza normativa de lo fáctico □.

árbitro de la corrección material del razonamiento, que afirmar ese carácter deductivo no equivale a creer, de modo absolutamente ingenuo, que el juez encuentra dadas y acabadas las premisas con las que el fallo debe ser lógicamente compatible. La lógica no elimina los amplios márgenes de libertad decisoria del juez, sólo le veta que los razonamientos con que justifica el uso de esa libertad sean formalmente incorrectos. Que el razonamiento jurídico decisorio tenga un carácter deductivo no significa, en absoluto, que la decisión tenga que seguirse de la norma legal en sus términos estrictos. Significa que el fallo ha de ser conclusión lógica a partir de las premisa o premisas normativas que se establezcan y los hechos dados por probados. Pero esa premisa normativa puede perfectamente ser una norma de justicia o equidad que sustituya o enmiende a la norma legal. Pretender que la decisión sólo es □ lógica □ si se deduce, sin añadido ni trabajo ninguno, del puro enunciado de la norma legal es un planteamiento logicista ingenuo, y es la equiparación entre tal logicismo deductivista ingenuo y el formalismo ingenuo lo que ha llevado a cuestionar el carácter deductivo del razonamiento. Ninguna regla lógica impone que la premisa normativa del razonamiento tenga que ser una premisa legal. Tal exigencia sería una exigencia del formalismo o de alguna doctrina jurídica similar, no una exigencia de la lógica.

En segundo lugar, defender que la decisión del juez debe ser compatible con el tenor literal de la ley no significa volver al viejo sueño de que la ley sea perfectamente clara y unívoca, capaz de determinar por sí misma y sin más el fallo para el caso que bajo ella se subsume. Significa sólo propugnar que el significado que el juez asigne a la norma que interpreta y aplica no sea inventado y desentonante del significado □ normal □ o técnico-jurídico de sus términos y enunciados, pero reconociendo que los significados posibles, no discordantes, pueden ser plurales, con lo que tampoco aquí se está insinuando que la interpretación no sea necesaria o que no quepan distintas interpretaciones igualmente válidas en lo que a su relación con la semántica de los términos se refiere. Como dice Luzzatti, □ el □ sentido literal □ no es de ningún modo aquel sentido claro y absolutamente unívoco que sería necesario para transformar al juez en una máquina silogística cuyo funcionamiento estuviese exactamente predeterminado □ (C. Luzzatti, *La vaghezza delle norme*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 239).

¹⁷² Para éstos el peso de los móviles personales del decididor hace la justificación irrelevante en términos de racionalidad (sería relevante, todo lo más, en términos de eficacia retórica), y con ello hasta la validez lógica del razonamiento no es sino parte del encubrimiento de esos móviles, arbitrarios e incontrolables por definición.

¹⁷³ Para éstos sólo cuenta la validez material de la decisión, resultado de una intuición de lo justo, un sano sentimiento jurídico, la sumisión a un modelo material de ser humano y sociedad dictado por dios, el derecho natural, etc., por lo que dicha corrección material anula toda importancia del rigor lógico: por ser lógicamente incorrecto el razonamiento decisorio no perdería su valor racional si da en el clavo de la verdadera justicia.

¹⁷⁴ Como dicen MacCormick y Wróblewski, □ The practice of offering justifications is one which acknowledges that one's actions and opinions are a subject of legitimate concern to some others, and that they may be open to challenge or objection. (...) Justification in the practical context plainly presupposes some normative setting. Without standards discriminating between right and wrong in action, there could be no difference between the justified and the unjustified, hence no premises to adduce or oppose in the giving or contesting of justification. The question of justification is therefore open always to the further question: justification by what standards? □ (J. Wróblewski, N. MacCormick, □ On Justification and Interpretation □, ARSP, Bñf 53, 1994, p. 256). Los que aquí estamos llamando métodos serían standards de justificación.

- Dichos métodos son incompatibles con los presupuestos valorativos básicos del moderno Estado de Derecho, constitucional y democrático y, por lo mismo, incompatibles con el modelo de sistema jurídico-político de tal Estado. No pretendemos sostener la tesis fuerte de que en sí sean fuente de injusticia o que encierran valores en sí erróneos, sino que tienen que resultar inaceptables para quien asuma, con el fundamento que se quiera, las reglas del juego jurídico-político vigentes en tal Estado y que se traducen en una cierta concepción mínima de los poderes como controlables y del ordenamiento jurídico como coherente y consistente y al servicio de valores como la igualdad de los ciudadanos, la seguridad jurídica y una justicia de las normas y decisiones que resulte de procesos democráticos compatibles con la libertad individual y el pluralismo.

La admisibilidad de unos u otros métodos tiene que ver con su **sustrato valorativo**. De los diversos métodos que habitualmente se utilizan (o de los que se quiera proponer, aun no siendo habituales) cabe preguntarse el porqué de que se entienda que pueden conducir a decisiones correctas. La respuesta remitirá siempre a algún valor que se considera defendible, tanto en su carácter general como en su compatibilidad con los presupuestos que se asume que el ordenamiento jurídico debe cumplir.

Por consiguiente, una teoría de los métodos jurídicos que no se plantee en términos pura y absolutamente descriptivos de la jurisprudencia, no podrá nunca ser totalmente neutral. Una simple enumeración y explicación de los métodos generalmente admitidos, del tipo de la que se suele contener en los manuales y tratados de metodología jurídica, es ya una toma de partido, al menos tácita, en cuanto que consagra y da por buenos ciertos métodos (y su correspondiente sustrato valorativo) propios de una determinada situación o cultura jurídica.

Por eso, una teoría de los métodos que se pretenda completa y coherente ha de mostrarse consciente de tales implicaciones y explicitar en la mayor medida posible sus presupuestos valorativos. En concreto:

-Al seleccionar unos métodos u otros, el tratadista está tácita o explícitamente manifestando dos cosas: un determinado ideal social, en el que el derecho y su práctica se insertan, y una determinada idea del derecho.

- Cuando el tratadista expone jerarquías u órdenes de preferencia entre los métodos concurrentes, esas sus opciones valorativas se hacen aún más patentes. La exigencia de fundamentar en la mayor medida posible eso que son opciones, y no puras descripciones, se acrecienta, por tanto.

Por todas estas razones, cualquier doctrina de los métodos jurídicos es necesariamente normativa y parte de una determinada concepción del derecho y la sociedad.

Se impone, pues, justificar nuestra aproximación al tema: partimos de un planteamiento positivista en lo jurídico y de defensa de los valores del constitucionalismo democrático, por otro. Creemos, además, que lo segundo exige lo primero, pero justificar esto sería tema de otro trabajo. En suma, como métodos admisibles consideraremos aquellos métodos habituales que son compatibles con la idea del derecho y su aplicación propios del Estado de Derecho, puesto que recogen valores que éste consagra, exige o, al menos, permite.

c) El **uso** de esos métodos admisibles ha de ser **correcto**. A la necesidad de corrección lógica del consiguiente razonamiento ya hemos aludido. Aquí nos referimos a otros parámetros de corrección que también son, al menos en buena medida, formales. Concretamente:

- Cada método supone una determinada estructura del razonamiento que lo aplica. En tal estructura hay siempre una premisa normativa de ese razonamiento, y una serie de condiciones que se han de acreditar, en las consiguientes premisas, para mostrar que se dan los requisitos o circunstancias a los que la premisa normativa liga la consecuencia que se pretende imponer. Pues bien, el primer requisito del correcto uso de cada método es el que podemos llamar *requisito de plenitud estructural*: el razonamiento ha de recoger explícitamente todos esos pasos que el método exige. Al fin y al cabo, este requisito no es sino una manifestación de la exigencia de corrección lógica del razonamiento, con el añadido

de que se han de evitar razonamientos entimemáticos, salvo en cuestiones de absoluta evidencia.

- El segundo requisito lo podemos llamar de *saturación de las premisas*. En la estructura de todo razonamiento aplicativo de un método hay siempre afirmaciones que recogen juicios singulares. Tales afirmaciones pueden versar sobre hechos, ya sean relativas a hechos lingüísticos, ya a objetos del mundo empírico o a relaciones entre objetos, ya a datos del sistema jurídico, o ya se trate de afirmaciones que califican valorativamente un hecho o acción. El uso correcto de un método significa, en lo que a este requisito se refiere, que se ha de fundamentar y acreditar tales afirmaciones en la mayor medida razonablemente posible. Por tanto, un mal uso de un método se da cuando cualquiera de las premisas, salvo la premisa mayor normativa¹⁷⁵, se afirma dogmáticamente, sin aducir prueba o argumento razonable de apoyo.

Lo anterior puede llevarnos a entender que nos planteamos una cadena al infinito de justificación de las justificaciones. Obviamente, tal exigencia es absurdo que se plantee para la justificación de la decisión judicial y de las razones o subdecisiones en que se apoye. Pero trazar un límite preciso es imposible. Por eso hemos hablado de □la mayor medida razonablemente posible□. □Cuál sería una justificación razonablemente suficiente? Aquella que aporte datos, indicios o razones bastantes como para poder pensar que quien argumenta realmente se esfuerza en que su argumentación pueda resultar admisible para cualquier interlocutor suficientemente formado e informado, de modo que éste pueda discrepar en la verdad u oportunidad de tales datos, indicios o razones, pero no afirmar tajantemente y sin fundamento que el otro no ha fundado mínimamente su afirmación. Con esto estamos asumiendo una de las aportaciones más positivas de las teorías de la argumentación.

¹⁷⁵ La justificación de ésta se opera a otro nivel, en el plano de la admisibilidad general de cada método, a que antes nos referimos.

iii) □Estamos con todo esto y sin más dando por buena la distinción entre justificación interna y **justificación externa**¹⁷⁶, tal como suele emplearse en las teorías de la argumentación jurídica? La respuesta debe ser matizada. Con nuestra propuesta admitimos, efectivamente, que el razonamiento judicial ha de ser lógicamente correcto (justificación interna), y que la corrección lógica no basta como parámetro de corrección de la decisión, y que, por tanto, hay que aportar razones sustanciales fundamentadas. Aceptamos también que esas razones deberán justificarse de modo diverso según que sean empíricas, jurídico-positivas, lingüísticas, morales, políticas, etc. Pero ya hemos dicho que nuestro enfoque sigue siendo en buena medida formal. Lo que no afirmamos es que exista procedimiento ninguno para ponderar objetivamente entre esas razones suficientemente fundamentadas. Esa es la parte de las teorías normativas de la argumentación jurídica con la que nuestro planteamiento no se compromete. No pensamos que quepa utilizar como parámetro mínimamente eficiente al respecto ni la hipótesis de un consenso idealmente racional, al modo de Alexy, ni un consenso fáctico correctamente alcanzado en el seno de una determinada cultura jurídica, al estilo de Aarnio, ni un □sentido de la adecuación□ a la manera de Günther y Habermas, etc. Podríamos, pues, sintetizar diciendo que la justificación externa es necesaria, que la justificación externa ha de ser una justificación suficientemente desarrollada, pero que en todo lo que dicha justificación contenga valoraciones coherentemente defendidas no es posible dirimir su mayor o menor racionalidad. La discutibilidad es ineliminable de la justificación externa.

Más precisamente. Los juicios de valor concurren en la práctica judicial decisoria en múltiples momentos, suficientemente conocidos. Mencionemos ahora solamente los que tienen que ver con los momentos que hasta aquí hemos mencionado y que interesan para nuestro tema:

- Al elegir unos métodos u otros. Ya hemos dicho que tal elección está en función de la concepción de la sociedad y el derecho que se profese. La exigencia □formal□ que aquí rige es la de que el juez sea coherente con los presupuestos que asume al ser juez y serlo de un determinado sistema jurídico regido por ciertos valores jurídico-morales y jurídico-políticos.

- Al dar prioridad en cada caso a un método u otro de esos que son congruentes con tales presupuestos. Aquí el elemento de preferencia personal, dentro de esos límites y sentadas las exigencias antes aludidas es ineliminable. La exigencia □formal□ de coherencia aquí se traduce únicamente en que tal preferencia caso por caso se pueda articular como aplicación de un orden de preferencia sentado con carácter general, sea el que sea.

- Al aplicar cada método el juez también realiza opciones valorativas. Por ejemplo, estimar que los datos que posee y muestra acreditan suficientemente que la voluntad del legislador era una u otra, o que el parecido entre el hecho normado y aquél no normado que se resuelve analógicamente es suficientemente relevante, etc. Podemos, como aquí se propugna, pedir que se maximice el rigor en la apreciación de la cantidad y calidad de los respectivos datos, pero también es aquí ineludible el elemento personal.

En suma, propugnamos como patrón de corrección o racionalidad de la decisión una justificación externa suficiente, sin pretender que pueda existir nada parecido a un criterio de perfecta racionalidad material u objetiva de las valoraciones. Pero no por esto nos parece nuestro planteamiento modesto, pues se propugnan suficientes elementos de control de racionalidad.

iv) Por último, entendemos que lo que da sentido a una teoría normativa de los métodos o argumentos jurídicos, como la que aquí se propone, es el que pueda servir como herramienta de análisis crítico de las sentencias judiciales. Si queremos que tal análisis sea algo más que la habitual expresión de discrepancias o coincidencias ideológicas, debemos contar con conceptos metodológicos suficientemente desarrollados y precisos, a los fines de que pueda estar claro en qué diferenciamos el juicio de corrección o incorrección de una sentencia del juicio de acuerdo o desacuerdo con su contenido material.

¹⁷⁶ Sobre la imprecisión y los problemas de esa distinción vid. recientemente, C. Redondo, □La justificación de decisiones judiciales□, *Isegoría*, 21, 1999, pp. 149-150.

2. Herramientas conceptuales

Así delimitado nuestro objeto y nuestro enfoque del mismo, pretendemos haber dejado claro que queremos poner las bases de una teoría de los métodos jurídicos, fuertemente inspirada en muchos de los planteamientos de las teorías de la argumentación jurídica pero que no participa de la noción fuerte de racionalidad práctica que algunas de las más representativas de esas teorías aplican.

Lo que a continuación se impone es sentar un adecuado instrumental conceptual. Nos ocuparemos solamente de los métodos o argumentos dirigidos al tratamiento de la premisa normativa del razonamiento jurídico decisorio. Es decir, no trataremos de los problemas, métodos o argumentos que se usan para configurar y fundamentar la premisa fáctica. Y en este trabajo aludiremos sólo a los métodos interpretativos.

Trataremos, pues, de los métodos o argumentos de que los jueces se valen para dotar de contenido a la premisa normativa con la que van a calificar los hechos que enjuician y a asignarles unas u otras consecuencias jurídicas. Comencemos por aclarar en qué sentido hablamos de métodos o argumentos, para después clasificarlos, empezando por la distinción más elemental entre argumentos interpretativos y creativos.

Con el término □método□ se suelen designar cosas distintas en la literatura sobre estas materias. Por un lado, se suele denominar con este término a ciertas pautas, etiquetas o tópicos. Así se dice por ejemplo que los métodos interpretativos que propuso Savigny son el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. De esta forma, con □métodos□ se alude a ciertas sedes o □lugares□ donde el intérprete va a hallar referencias o argumentos útiles o convenientes para su labor (la voluntad del legislador, la historia del precepto, etc.). En otras ocasiones al hablar de □métodos□ se está haciendo referencia a determinadas fórmulas normativas, cuya función es encauzar la elección por el intérprete de la que será la premisa mayor de su razonamiento interpretativo. Por ejemplo, cuando se dice que la norma deberá interpretarse dándole aquel significado que se corresponda con y permita alcanzar el fin que el legislador pretendió con ella y que en tal consiste el método teleológico-subjetivo. Pero a esta segunda noción se le puede dar un alcance más amplio, entendiendo que □método□ (interpretativo en este caso) significa una guía o pauta de corrección del razonamiento interpretativo que acaba en una decisión interpretativa justificada. Desde este punto de vista, el método teleológico-subjetivo no se limitaría a decir que hay que atender al fin que el legislador quiso para la norma, sino que daría también pautas para el razonamiento que aplica ese mandato metodológico, estableciendo cosas tales como dónde y cómo puede acreditarse esa voluntad. La función de guía o indicador del razonamiento que el método posee se maximiza con esta última noción. Es decir, con ella se atiende también al desarrollo argumentativo de aplicación de aquella regla metódica. Aquí adoptaremos esa perspectiva.

Para la teoría de la argumentación jurídica estos métodos son argumentos que necesitan, a su vez, ser argumentados, es decir, aplicados justificando argumentativamente los distintos pasos de tal aplicación. Por tanto, hablar de método en este sentido es hacer referencia a un procedimiento complejo, a un razonamiento con distintos pasos o etapas.

Así concebido, todo método posee:

- Una fórmula normativa que funciona como premisa normativa del razonamiento interpretativo, el cual es un razonamiento de aplicación de esa regla la fórmula normativa se expresa. Por ejemplo, la fórmula normativa del método teleológico-subjetivo podría rezar así: las normas deben interpretarse atribuyéndoles el significado que permita alcanzar el fin que para ellas quiso el legislador.

- Una estructura mínima de razonamiento aplicativo, en la cual, junto la premisa mayor, formada por la fórmula normativa, hay siempre al menos un enunciado descriptivo (premis menor) y termina en una conclusión, que es un juicio individual. Veámoslo de nuevo con la forma más simplificada del razonamiento aplicativo del método teleológico-subjetivo:

P1: Las normas deben interpretarse atribuyéndoles el significado que permita alcanzar el fin que para ellas quiso el legislador

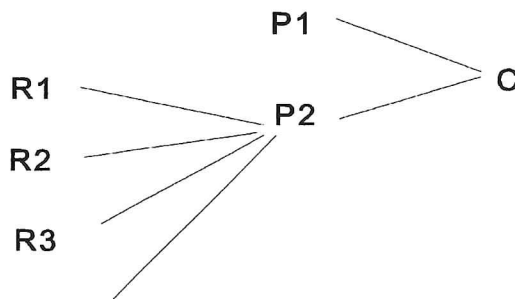
P2: Para la norma N su autor quiso el significado S

C: la norma N significa (debe entenderse como significando) S.

- Las premisas de ese razonamiento deben estar y ser suficientemente justificadas si la aplicación del método se pretende que lleve a un resultado correcto:

P1, la fórmula normativa, no necesita justificación expresa, pues la tiene presupuesta en razón de su habitualidad y su carácter generalmente admitido, ligado a su sustrato valorativo. Se trata de tópicos. Esto no quiere decir que tales fórmulas no puedan discutirse, sino que su discusión, cuando se utilizan métodos generalmente aceptados y consolidados, tiene lugar en una etapa distinta y anterior, en términos jurídico-políticos.

La clave de la correcta aplicación del método está en la justificación de P2 (y en su caso P3...Pn). Por tanto, el razonamiento aplicativo correcto de un método ha de contener también una justificación suficiente de P2...Pn¹⁷⁷.



Según el **R4** método de que se trate, el razonamiento aplicativo será más o menos complejo, por ser más o menos compleja la justificación de P2...Pn que se requiere.

P2 puede consistir en:

- Una afirmación de hechos, que pueden ser, a su vez:

- ☐ Hechos lingüísticos: justificación empírica, incluyendo en ella cosas tales como el invocar una definición contenida en un diccionario.
- ☐ Hechos históricos: justificación histórica: basada en la aportación e interpretación de datos históricos.
- ☐ Hechos prospectivos (futuros): justificación probabilística (ej.: el argumento consecuencialista presente en el método teleológico-objetivo)
- ☐ Hechos normativos: justificación normativa: hay en el ordenamiento una norma válida que dice □x□.
- ☐ Etc.

- Una proposición valorativa (ej.: que tal cosa se corresponde con la equidad, con la justicia, que tal consecuencia o estado de cosas es preferible a tal otro...). La justificación mínima requerida consistirá aquí en explicitar el orden o sistema de valores del que tal proposición se sigue o es concreción, mostrando, además, que tal sistema de valores es coherente con los presupuestos del sistema jurídico-político (Dworkin)

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien/New York, Springer, 1983, pp. 104ss.

Ej.: es preferible por más justa la interpretación no racista de n □ el racismo es malo □ teoría moral que sustente la igualdad de razas □ derecho fundamental del sistema...

Sentado lo anterior, debemos ahora poner a prueba nuestro enfoque mediante el análisis de los métodos. Nos queda añadir alguna puntualización.

Aquí analizaremos sólo los métodos interpretativos, no los creativos. Para justificar la selección que con esa base hacemos de los métodos que consideramos interpretativos, es necesario explicitar brevemente cuál es la pauta de distinción que usamos entre tales métodos y los creativos. Partimos de que interpretar es establecer cuál es el significado de un término o enunciado normativo, lo cual supone dos operaciones. Por un lado, averiguar lo que ese término significa con arreglo ya sea al uso lingüístico actual o ya sea en consonancia con la intención de su emisor, el legislador en este caso. Esa averiguación puede poner de relieve que dicho significado es plural (ambigüedad) o falto de certeza en cuanto a su exacta referencia (vaguedad). En ese caso tiene que acontecer la segunda operación de la interpretación, consistente en optar por uno de esos significados o precisar la referencia (normalmente a la luz del caso, estableciendo si dicho caso cae o no bajo los términos de la misma). Métodos interpretativos son los que sirven a ese objetivo que es la interpretación. Métodos creativos son los que se utilizan para justificar la creación de una norma nueva, con un determinado contenido. Norma nueva es aquella cuyo contenido no se corresponde con ninguna de las interpretaciones posibles de una norma preexistente. Y llamamos interpretaciones posibles a aquellas atribuciones de significado a una norma que no van más allá del límite trazado por cualquiera de esas dos reglas de la semántica jurídica, es decir, la que dice que un término legal no puede significar nada distinto de lo marcado por el uso habitual del mismo o por la intención del legislador. Como veremos, esta última disyuntiva se resuelve según sea la doctrina interpretativa de la que se parta.

En segundo lugar, una teoría normativa de los métodos (interpretativos en este caso), como ésta que pretendemos y en los términos que antes se expusieron, tiene que procurar una caracterización rigurosa de cada uno de ellos y, a partir de ahí, una adecuada clasificación en razón del modo en que operan, la función que cumplen y la manera en que se interrelacionan. Sólo así se podrá establecer con un mínimo rigor las exigencias de uso racional (esto es, suficientemente justificado de cada uno). Y sólo así evitaremos uno de los mayores defectos de las exposiciones al uso, que no pasan de asemejarse a puras enumeraciones de tópicos, sin mayor exigencia, tópicos perfectamente intercambiables y que aparentemente juegan del mismo modo y cumplen la misma función.

Por tales razones, nos parece importante distinguir entre **criterios** y **reglas** de la interpretación. Llamamos reglas de interpretación a aquellas reglas o pautas de la interpretación que o bien determinan cómo elegir entre interpretaciones posibles respaldadas por argumentos interpretativos, o bien prohíben las interpretaciones que lleven a ciertos resultados. En cambio, los criterios interpretativos son aquellos que establecen a qué ha de atenderse o qué debe tomar en consideración el intérprete para asignar positivamente significado a los enunciados normativos. Esta diferenciación se puede también ilustrar así: no es lo mismo decirle al intérprete que ha de tomar como referencia para la asignación del significado la voluntad del legislador o el fin de la norma, que decirle que no debe aplicar un significado que haga aparecer una antinomia. En este último caso no se le indica cómo puede positivamente hallar o establecer un significado, sino que se le veta un significado, sea cual sea el criterio mediante el que haya llegado a él.

En segundo lugar, diferenciaremos métodos **positivos** y métodos **negativos**. Los primeros sostienen decisiones interpretativas admisibles. Los segundos excluyen, por inadmisibles en ciertos casos, decisiones interpretativas que normalmente son admisibles.

Utilizaremos también la noción de **doctrina metodológica**. Llamamos doctrinas a las concepciones generales acerca de los fines, funciones y pautas de la aplicación del derecho. Dichas doctrinas se basan en consideraciones jurídico-morales y jurídico-políticas y en una determinada concepción del derecho y su papel. Simplificando, y sólo a título ejemplificador, podemos decir que hay una doctrina metodológica positivista y una doctrina metodológica iusmoralista o antipositivista, cada una de las cuales puede tener distintas variantes. En cada doctrina metodológica se contendrán

apreciaciones específicas sobre la decisión judicial correcta, los métodos admisibles como justificación de la misma y, especialmente, la interrelación y jerarquía entre esos métodos. Una diferencia crucial entre las doctrinas positivistas y antipositivistas versa siempre sobre la medida en que el tenor de la norma legal limita la decisión justificada del juez.

La doctrina que asumimos es una doctrina metodológica positivista, que también podríamos llamar doctrina formalista no ingenua.

Por último, aclaramos que al exponer los métodos recurriremos a la formalización lógica del razonamiento aplicativo de los mismos, pues tal formalización es especialmente útil para poner de relieve qué premisas deben concurrir para la corrección de tal razonamiento y, sobre todos, cuáles precisan de una especial carga argumentativa de justificación.

A continuación haremos referencia a los distintos métodos interpretativos.

3. Los métodos y las exigencias mínimas de racionalidad o corrección del razonamiento que los aplica.

3. 1. Método de interpretación literal.

El llamado método de interpretación literal o gramatical se puede definir como aquel que lleva a asignar a los términos legales el significado que les es propio en cuanto términos o expresiones lingüísticas. Pero al hablar así hemos utilizado ya una idea problemática, la de que los términos o expresiones tienen un significado propio. Hay autores muy destacados, como Guastini, que discuten que quepa hablar de un significado propio de las palabras. Hay que comenzar por aclarar este asunto. Si al hablar de □significado propio□ se pretende tomar partido por una doctrina de las tradicionalmente llamadas realistas, es decir, de aquellas que afirman que existen los universales, que el significado de cada término se corresponde con un contenido necesario, idealmente prefigurado y que antecede a toda práctica lingüística, a toda actividad de los hablantes, estamos, efectivamente ante una tesis muy cuestionable. Pero también resultará sumamente problemático sostener que las palabras no significan nada antes o al margen del sentido que quiera darles o efectivamente les dé el receptor de las mismas. Si esto fuera así, no cabría que nos entiéramos cuando hablamos y el lenguaje no podría cumplir su función primaria de vehículo de coordinación de nuestras acciones intersubjetivas. Por eso nos parece más exacto concebir que en cada época o momento histórico y en el contexto de una determinada lengua hablada en un determinado ámbito geográfico, las palabras poseen un significado, que viene dado por el uso social o grupal.

El lenguaje del derecho se compone básicamente de palabras del lenguaje social ordinario, y en esa medida su significado es dependiente del uso social. Pero también se contienen en las normas jurídicas términos técnicos. Ese carácter técnico de ciertos términos que aparecen en el lenguaje legal puede consistir o bien en que algunas palabras del lenguaje social usual cobren un significado propio y específico entre los juristas; o bien en que ciertos términos sean propios y exclusivos de ese lenguaje jurídico. En cualquiera de los dos casos, la pauta de su significado la da el uso, si bien se tratará entonces del uso grupal, del que se hace entre los juristas, que prevalece y se impone frente al uso social general cuando se trata de términos del primer tipo que hemos mencionado. Es más, estos términos técnicos acreditan aún en mayor medida que es el uso el criterio dirimente del significado, pues la compulsión que cualquier jurista usuario de esos términos tiene de utilizarlos en ese su sentido específicamente jurídico, tal como son entendidos entre quienes cultivan el derecho, es aún mayor.

Por tanto, en una primera aproximación, que luego tendremos que matizar, la pauta interpretativa que este método establece se podría plantear así: asígnese a los términos legales el significado que se derive de su uso. Podríamos formalizar así esta fórmula, siendo T un texto legal y W el uso lingüístico:

(x) $Tx \square OWx$

El razonamiento aplicativo de este método, tendría la siguiente estructura formal:

(1) (x) $Tx \square OWx$

(2) Th

(3) Wh \square Sh

Su lectura sería:

- (1) Para todo término lingüístico x , si x es un término de un texto legal T , entonces se debe dar a x su significado con arreglo al uso lingüístico establecido (W).
- (2) h es un término de un texto legal T .
- (3) El significado con arreglo al uso lingüístico establecido (W) del término h es Sh .
- (4) Obligatorio Sh .

Es de sobra sabido que afirmar que los términos de nuestro lenguaje, ordinario y jurídico, reciben su significado del uso no implica en modo alguno sostener que ese significado sea unívoco y preciso. Puede ocurrir que el término sea ambiguo. O, casi siempre, que sea vago. Normalmente el problema de la ambigüedad se resuelve con la pura lectura contextualizada del término. Por el momento concentrémonos en la cuestión de la vaguedad, tema suficientemente conocido que aquí no vamos a explicar, sino sólo a mostrar en sus implicaciones para este método.

Puede ocurrir que el término que es objeto de la interpretación sea, con arreglo al uso, excepcionalmente, perfectamente unívoco y preciso, único, que carezca de toda ambigüedad o vaguedad. En ese caso, que sería en realidad el que está reproduciendo la formalización anterior, lo que este método está prescribiendo es que el aplicador de la norma le asigne ese significado y ningún otro. Conforme a lo que ya hemos explicado al trazar la delimitación entre interpretación y creación de normas, si el aplicador le otorga cualquier otro significado estaría creando una norma nueva, que sustituye al enunciado normativo supuestamente interpretado. Pero ya hemos dicho que tal ausencia completa de vaguedad es un supuesto excepcional, aunque no inexistente (pensemos por ejemplo en que la norma contenga un nombre propio).

□ Pero qué ocurre cuando el término legal interpretado adolece de vaguedad? Sabemos que tal fenómeno implica que la referencia del término se torna imprecisa. Se suele comúnmente describir esta situación, tal como lo hicieron magistralmente Hart o Carrió, diciendo que en tal caso hay objetos que claramente caen bajo la referencia del término, y que encajan por tanto en lo que se llama su núcleo de significado, objetos que caen fuera de toda posible referencia del término, que estarían en la zona exterior, y objetos de los que es dudoso si caen o no bajo la referencia de la norma, que son los que se sitúan en la zona de penumbra. En tales casos y conforme al criterio que hemos establecido, diremos que toda asignación de significado que suponga no aplicar el término a un objeto que caiga en su núcleo de significado, o aplicarlo a un objeto que caiga en la zona exterior, no será interpretación, sino creación de una norma nueva que suplanta a la anterior para ese caso que se decide. En cambio, respecto de los objetos que estén en la zona de penumbra, se podrá verdaderamente interpretar, ya extendiendo a ellos la referencia del término, ya sustrayéndolos de tal referencia. En tal caso se hace, respectivamente, lo que se conoce como interpretación extensiva o restrictiva. Por tanto, en esos casos se decide asignar un significado u otro al término, de modo que abarque más o menos objetos. □ Qué tiene que decir al respecto el método de interpretación literal? Se limitaría a establecer que se puede asignar cualquiera de esos significados, pero sólo esos.

Esta situación la podríamos representar formalmente así:

- (1) $(x) Tx \square OWx$
 - (2) Th
 - (3) $Wh \square S^1h, S^2h, S^3h...S^nh$
-
- (4) $O(S^1h \vee S^2h \vee S^3h \vee ...S^nh)$

Si entendemos que este método impone que el significado que se otorgue a un término sea un significado acorde con el uso, y sólo un significado acorde con el uso, está prescribiendo que se elija uno de tales significados ($S^1h, S^2h, S^3h...S^nh$) y excluyendo que se opte por cualquier otro significado $S^{n+1}h$.

Lo que este método no resuelve es cuál ha de ser la elección entre esos significados posibles con arreglo al uso. Por eso se suele decir que el método de interpretación literal fundamenta la

decisión interpretativa cuando el término que se interpreta carece de vaguedad (y ambigüedad), pero en los restantes casos sirve sólo para circunscribir el marco de las interpretaciones posibles, para delimitar lo que propiamente será interpretación de ese término, pero no para atribuirle un determinado significado. En tal ocasión la decisión interpretativa tendrá que basarse en alguno de los otros métodos interpretativos, métodos que habrán sido habilitados por el de interpretación literal¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Todo esto es sobradamente conocido. Dice por ejemplo Larenz: □ el sentido literal inferible del uso general del lenguaje o, siempre que exista, del uso especial del lenguaje de la ley o del uso del lenguaje jurídico general, sirve a la interpretación, en primer lugar, como primera orientación; en segundo lugar señala, en cuanto posible sentido literal -bien sea según el uso del lenguaje de entonces, bien según el actual- el límite de la interpretación propiamente dicha. En cierto modo amojona el campo en el que se lleva a cabo la ulterior actividad del intérprete □ (K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 320).

Este método funciona como método autónomo, es decir, que se basta para sostener una decisión interpretativa que se pretende correcta y suficientemente fundamentada, cuando lleva a constatar el carácter no vago ni ambiguo de un término. En las demás ocasiones funcionará unido a otros métodos para justificar la decisión interpretativa. Entonces el método literal y aquél o aquéllos que se usen a dicho efecto serán complementarios, funcionando el literal como habilitador y el/los otro(s) como dirimente (s).

Pero hasta aquí estamos tratando un supuesto un tanto forzado e inexacto, como es el que la actividad interpretativa se concentre en el análisis aislado de un término. En un término puede radicar la dificultad interpretativa de un enunciado legal, pero la interpretación será siempre de ese enunciado, que es al que en conjunto se ha de dar sentido, en tanto que se trata de establecer el contenido de una norma, y, además, la dificultad interpretativa que un término plantee será siempre por relación a y en cuanto parte de ese enunciado que lo contiene. Por tal razón, una definición más exacta de este método diría que es aquel que lleva a asignar a los términos legales el significado que les es propio en cuanto términos o expresiones lingüísticas y con arreglo al significado de los demás términos y expresiones del enunciado del que forman parte. De este modo, la llamada interpretación sintáctica sería parte también de la aplicación de este método, lo que no cabría si el método fuera aplicable a la interpretación aislada de términos. No vamos a externos aquí más sobre ese particular, bien conocido también.

Hemos dicho que entre los métodos diferenciamos, en razón de su función y modo de operar, reglas y criterios¹⁷⁹. La cuestión ahora es si este método de interpretación literal es una regla o un criterio. Que se lo considere uno u otro dependerá de la doctrina de la interpretación que se maneje, con su consiguiente fundamento jurídico-político. Quienes no ven razón de peso para el respeto al significado □literal□, en el sentido en que aquí venimos hablando, es decir,, como respeto al límite de los significados posibles con arreglo al uso, y por tanto aceptan que se llame interpretación a la asignación de cualquier otro significado, respaldado por cualquier otro método, ponen el método literal al mismo nivel que los otros, sin limitarlos en modo alguno ni prevalecer sobre ellos. Bajo este punto de vista, estaríamos ante un criterio¹⁸⁰, lo que significa que no se prescribe al intérprete asignar el significado acorde con el uso, sino que se le permite, se le ofrece esa posibilidad entre las diversas admisibles (asignar un significado con arreglo al uso, asignarlo con arreglo al fin -sin límite en el uso-, etc.).

¹⁷⁹ Recordemos. Los criterios permiten asignar un significado; es decir, convierten ese significado en admisible, pero no lo imponen como el único admisible. Las reglas imponen (reglas positivas) o proscriben (reglas negativas) un determinado resultado interpretativo, una determinada asignación de significado basada en alguno de los criterios.

¹⁸⁰ La formalización cambiarse, utilizando P por □permitido□:

(x) Tx□PWx

Pero en este momento vamos a dejar de lado esta posibilidad, quizá más conveniente y exacta.

En cambio, con la doctrina de la interpretación que estamos defendiendo y que subyace a nuestros planteamientos, con el método de interpretación literal estaríamos ante una regla, regla que prescribe que se dé a los enunciados legales sólo aquel o aquellos significados que sean compatibles con el uso lingüístico establecido, lo cual, a su vez, quiere decir que se excluye que cualquier otro método pueda servir como justificación de la atribución de un significado diferente. Así, este método sería una regla de interpretación que regula la actividad interpretativa estableciendo cuándo los otros métodos pueden utilizarse para justificar una decisión interpretativa y cuáles son las decisiones interpretativas justificadas con esos otros métodos que resultan admisibles (las compatibles con el significado □literal□). El método de interpretación literal funciona como regla positiva cuando sienta que el significado del término interpretado no es ambiguo ni vago y como regla negativa en los demás casos, vetando toda asignación de significado que no sea compatible con el tenor □literal□.

La afirmación del carácter de regla que poseería el método literal, choca con una constatación fácil de realizar: a menudo se considera y todos, hasta quienes defendemos este modo de operar de este método, admitimos, que puede estar plenamente justificado que en ciertos casos se haga una excepción a la aplicación □literal□ de la ley; es decir, que la consecuencia prevista en la norma legal no se aplique a un objeto que cae sin duda bajo la referencia (con arreglo al uso) de los términos del supuesto de hecho de la norma. Por ejemplo, cuando tal aplicación dé lugar a resultados que generalmente serían considerados absurdos. Así, para justificar tal excepción, funciona el método o argumento de **reducción al absurdo**. □Cómo integrar este dato?

La respuesta sería que estamos ante el juego de dos reglas. La regla de interpretación literal prevalecería sobre cualquier criterio, pero puede estar limitada por otra regla.

Dejemos para más adelante la cuestión de cuántas y cuáles son las reglas que pueden interactuar con la de interpretación literal. Centrémonos por el momento únicamente en la que hemos mencionado, la regla del argumento ad absurdum (argumento apagógico), que, en cuanto regla interpretativa, se podría definir así: se **debe** evitar toda asignación a una norma de un significado que lleve a consecuencias absurdas en la práctica¹⁸¹:

$$(x) (Sx \sqsubset K) \sqsubset O \sqsubset Sx$$

donde K está por producción de consecuencia absurda.

También podríamos representarlo así¹⁸²:

$$(x) PSx \sqsubset \sqsubset (Sx \sqsubset K)$$

□Cómo se relacionan las dos reglas, la de interpretación literal y la de prohibición de resultados absurdos? La segunda se incorpora a la primera excepcionándola¹⁸³:

$$(x) (Tx \sqsubset OWx) \sqsubset (Wx \sqsubset \sqsubset K)$$

También se puede representar así : $(x) (Tx \sqsubset \sqsubset (Wx \sqsubset K) \sqsubset OWx)$

¹⁸¹ Bajo esta fórmula y ese género de reducción al absurdo encajarían argumentos como el de reducción teleológica, naturaleza de las cosas, evidencia, etc.

¹⁸² Vemos que esta regla funciona con carácter general, frente al resultado de cualquier método interpretativo (o creativo).

¹⁸³ Precisamente una ventaja de tener clara la diferencia entre reglas y criterios consiste en poder tasar las excepciones, es decir, en delimitar qué métodos o argumentos tienen que dominar sobre otros y cuáles pueden excepcionar a otros, con lo que se evita situar a todos los métodos al mismo nivel y como perfectamente intercambiables, con lo que todo resultado interpretativo sería igualmente válido con tal de que se encontrara un método que lo sustentara. La pauta es: las reglas pueden limitar o excepcionar a los criterios, no a la inversa. Y las reglas pueden limitarse o excepcionarse entre sí.

Así pues, vemos que una enunciación completa del método de interpretación literal como pauta de interpretación diría: se ha de asignar a los términos legales el significado que derive del uso lingüístico, salvo que dicho significado conduzca a consecuencias absurdas¹⁸⁴.

La situación puede ser diferente según que, tal como antes hemos diferenciado, estemos ante términos vagos, que conforme al método literal puedan recibir varios significados, o frente a términos unívocos. En este último caso, la regla de interdicción del absurdo predominaría y estaríamos ante una excepción justificada al respeto al □tenor literal□¹⁸⁵. Vemos ahí la regla de evitación del absurdo operando como habilitadora del juego de los métodos creativos.

Cuando por ser vago el término interpretado las interpretaciones admisibles son varias, la regla de evitación del absurdo opera eliminando una de las interpretaciones posibles con arreglo al uso:

- (1) (x) (Tx □ □(Wx □ K) □ OWx
 - (2) Th
 - (3) Wh □ S¹h, S²h, S³h
 - (4) S³h □ K
-
- (4) O(S¹h v S²h)

En este supuesto las interpretaciones admisibles serían sólo las dos señaladas en (4). En cambio, si las interpretaciones posibles con arreglo al método literal son sólo dos, la eliminación de una por causa de sus consecuencias absurdas implica que se debe imponer necesariamente la otra, y no queda lugar para el juego de otros criterios interpretativos.

- (1) (x) (Tx □ □(Wx □ K) □ OWx

¹⁸⁴ Una importante cuestión teórica es la de cómo puede integrar esta regla una doctrina metodológica positivista, que en general objeta a que cualquier consideración valorativa pueda servir como justificación para enmendar el mandato legislativo. La respuesta sería que también el positivismo tiene que postular para el derecho, en este caso el derecho legislado, unas mínimas condiciones de racionalidad. O, dicho de otra forma, que tiene que operar con ciertos presupuestos de racionalidad del legislador, ligados a la idea de legitimación de éste que sirve de base precisamente al postulado de que se ha de respetar prioritariamente su voluntad. Así, del mismo modo que habrá que presuponer su voluntad de coherencia, habrá que presuponer también su racionalidad mínima, consistente en que no puede ser su propósito emitir mandatos absolutamente absurdos y contraintuitivos. En realidad, la diferencia entre las doctrinas metodológicas positivistas y antipositivistas no estriba en que las primeras hagan abstracción de toda consideración valorativa, sino que es una diferencia de grado: el tipo y la cantidad de valores que según unas y otras pueden legítimamente determinar la aplicación judicial del derecho.

¹⁸⁵ Un ejemplo. Una norma legal dice: □El esposo X deberá depositar mensualmente 100 dólares, destinados a pagar pensión de alimentos a Y□. Y resulta que □Y□ no es el nombre de la esposa de X, sino de otra persona, y la esposa de X se llama Z. Y que la razón de ser de esa obligación que la norma establece es el pago de alimentos a la esposa, y sólo a la esposa. En ese caso podría pensarse que es el fin de la norma lo que dirime frente a la pura lectura □literal□. Pero ese fin sirve como dato justificatorio de la conclusión de que es absurdo entender que X debe pagar a Y y no a Z.

- (2) Th
 - (3) Wh \square S¹h, S²h
 - (4) S²h \square K
-
- (4) OS¹h

Otra regla que prevalece sobre la regla de interpretación literal es la que entra en juego cuando del término interpretado existe una definición legal, pues en tal caso no es el uso el que determina el significado, sino esa definición: (x) (Tx \square Lx) \square OLx . Es un ejemplo de jerarquía entre las reglas. Ya hemos visto dos reglas que prevalecen sobre la regla literal.

Hemos caracterizado la interpretación literal como aquella que asigna significado a partir del uso actualmente establecido de los términos legales. Pero con ese elemento de actualidad estamos optando por una determinada doctrina interpretativa, aquella que tiene su contraria en la que afirma que el significado que debe asignarse es o bien el que estaba vigente (en uso) en el momento en que el legislador creó la norma, o bien el que el legislador quiso darle a la norma¹⁸⁶. Pero con cualquiera de estas dos variantes de esta segunda doctrina apenas cambia nada de lo que hemos dicho. Son eso, dos doctrinas, dos concepciones de base acerca de lo que debe ser la interpretación, dependientes de fundamentos jurídico-políticos distintos. La doctrina del uso actual (que podemos llamar literal-actual), la del uso histórico (que podemos llamar literal-histórica) y la de la voluntad de significado del legislador (que, siguiendo terminología establecida, podemos denominar subjetiva-semántica), compiten entre sí. Los métodos que proponen, en tanto funcionen como reglas, son alternativos y excluyentes. Pero cada una de esas doctrinas podrá sentar la regla que la representa y tomar los otros métodos ya no como reglas, sino como criterios. Así, para la doctrina que nosotros defendemos (la literal-actual), el método literal, basado en el uso actual, es la regla básica que se impone frente a los demás métodos-criterios. Pero el método subjetivo-semántico puede operar como criterio, en cuyo caso sería uno más de los que se pueden emplear para justificar una decisión interpretativa de asignación de uno de los significados posibles con arreglo al tenor \square literal \square cuando se trate de términos vagos o ambiguos. Lo que el método subjetivo-semántico no podrá hacer será excepcionar al literal-actual. Y lo mismo ocurriría, a la inversa, si se defendiera la doctrina subjetivo-semántica y en aplicación de la correspondiente regla metódica se estableciera que no está claro cuál de varios significados quiso el legislador dar a sus palabras.

El esquema de uno y otro método es idéntico, como vamos a mostrar a continuación. Los que cambiarán serán los argumentos con que en el correspondiente razonamiento hayan de justificarse las concretas atribuciones de significado y, con ello, podrán variar los métodos que funcionen como auxiliares. Así, el método subjetivo-semántico podrá tener como auxiliar al método histórico, mientras que el literal-actual podrá justificar su aserto interpretativo echando mano de cosas tales como un diccionario del uso actual de la lengua.

¹⁸⁶ Serían dos variantes posibles de una doctrina metodológica positivista.

En suma, las dos interpretaciones que estamos mencionando serían variantes de un mismo esquema, que podemos llamar de interpretación semántica. Esto se traduce en el isomorfismo con la forma del argumento literal se que expresa la siguiente formalización del método subjetivo-semántico como regla¹⁸⁷:

- (1)

(x) Tx □OVx
- (2)

Th
- (3)

Vh □ S
- (4)

OS

Lectura:

- (1) Para todo término lingüístico x, si x es un término de un texto legal T, entonces es obligatorio dar a x el significado que para ese término quiso el autor del texto (V).
- (2) h es un término del texto legal T
- (3) El significado que para h quiso el autor del texto es el significado S
- (4) Obligatorio el significado S.

Hasta aquí nos hemos dedicado solamente a mostrar el estatuto que estos métodos de los que venimos hablando pueden poseer, en función de la doctrina de la interpretación que los conciba, y de la forma que adoptará el razonamiento de su aplicación. Pero en el planteamiento del trabajo hemos dicho que se ha de mostrar una condición adicional del uso racional de los métodos, como es la adecuada justificación de las premisas que componen ese razonamiento. Veamos ahora este punto respecto de los métodos de los que anteriormente hemos tratado.

3.2. Método teleológico.

Este método, posiblemente el más frecuentemente invocado en la jurisprudencia actual, se puede caracterizar de modo sencillo diciendo que propugna que al enunciado legal interpretado se le dé un significado que permita que la norma alcance, en el caso, su finalidad. La clave de la aplicación de este método estará, por tanto, en el establecimiento de la finalidad de la norma, dato desde el cual se justificará la decisión subsiguiente de incluir o no el caso que se enjuicie bajo la referencia de su supuesto de hecho.

¹⁸⁷ Si ese método se concibe como criterio, tal como antes hemos mencionado que puede hacerse, su forma sería:

- (1)

(x) Tx □PVx
- (2)

Th
- (3)

Vh □ Sh
- (4)

PSh

Dos son las pautas que en la metodología jurídica compiten a la hora de dirigir esa asignación de un fin a la norma que se interpreta. Se corresponden con las llamadas interpretación subjetiva y objetiva. La primera, que denominaremos método teleológico-subjetivo, propone que el fin que ha de ser tenido en cuenta es el que quiso el legislador que dictó la norma. La segunda, que llamaremos método teleológico-objetivo, defiende que el fin que se asigne a la norma ha de ser el que se corresponda con las opiniones y necesidades sociales actuales, que dicho fin sea, por tanto, el que razonablemente perseguiría un legislador que dictara la norma a día de hoy y buscara la adecuada sintonía con la sociedad presente¹⁸⁸.

Estamos ante una alternativa como la que señalamos a propósito del método de interpretación literal. También aquí la preferencia por el método teleológico-objetivo o por el teleológico-subjetivo está determinada por doctrinas jurídico-políticas enfrentadas, en cuanto basadas en valores jurídico-políticos diversos. Cuando se sienta la preferencia de uno de estos dos métodos, el otro queda reducido al papel subordinado o complementario de entrar en juego solamente en lo que el método preferido no pueda determinar en cuanto al fin de la norma.

Cambia, pues, la base del método, y del consiguiente razonamiento, y con ello también el tipo de premisas que se han de justificar argumentativamente, pero su estructura es la misma en ambos casos. En los dos se trata, en primer lugar, de establecer el fin de la norma, para, a continuación, ponderar cuál de las interpretaciones posibles de la misma lleva a consecuencias que permitan, o permitan mejor, la realización de dicho fin.

Hemos de subrayar que estamos hablando de interpretaciones posibles, y el límite de las posibilidades viene dado aquí por la interpretación literal, en el sentido que anteriormente señalamos. Sin embargo, es cada vez más frecuente encontrar sentencias en las que, so pretexto de consideraciones finalistas y afirmando que se está haciendo una interpretación teleológica, se rebasa el límite de los significados posibles con arreglo al uso (o a la voluntad del legislador) y se sostiene que la norma impone algo distinto de lo que dicen sus palabras. En tal caso el método teleológico no funciona como método interpretativo, por mucho que así quiera presentarse, sino como vía o excusa para la creación judicial de una nueva norma. De nuevo el problema es de legitimidad y la cuestión tiene que ver con la concepción que se profese acerca de cuál debe ser el papel del juez. Lo que en cualquier caso nos parece claro es que si el □tenor literal□ no es límite al juego del argumento teleológico, la aplicación del derecho se convierte en libre ponderación de medios una vez que, libremente también, se ha asignado a la norma un fin. El texto legal habrá dejado totalmente de determinar la decisión judicial.

Veamos cuál es la estructura común al método teleológico, en cualquiera de sus dos versiones, objetiva y subjetiva (O/V):

$$(x) \square Tx \square (Sx \square Fn^{o/v}) \square \square OSx$$

Esto es: para todo término x de un texto legal T, si un significado de x conduce a la realización del fin de la norma n -ese fin puede ser el fin objetivo (o) o el que corresponda con la voluntad del legislador (v)-, entonces ése es el significado debido de x. En lo que sigue utilizaremos Fn, dejando de lado con cuál de esos dos criterios se establece el fin.

El razonamiento aplicativo de este método sería (donde h es un término de T y dicho texto legal conforma la norma n*):

$$(1) (x) \square Tx \square (Sx \square Fn) \square \square OSx$$

$$(2) \quad Sh \square Fn^*$$

$$(3) \quad OSh$$

¹⁸⁸ No hace falta decir que cuando la norma es muy reciente la disyuntiva pierde buena parte de su fundamento, aunque puede no desaparecer por completo.

La aplicación racional de este método supone la adecuada justificación de dos cosas: en primer lugar, de cuál sea el fin de la norma n^* (F_n^*); en segundo lugar, de que la interpretación en cuestión sea la que lleve a la realización de dicho fin, es decir, que sea verdadera la implicación $Sh \sqsubset F_n^*$. Por tanto, el correcto razonamiento aplicativo ha de contener premisas que encierren razones que acrediten ambos extremos. Respecto del primero de esos dos pasos, la justificación de F_n^* , cuando el método teleológico que se aplica es el subjetivo se ha de aportar los datos o indicios que acrediten que fue ese el fin que el legislador se propuso; cuando el método sea el objetivo, se han de dar las razones por las que es más adecuado o razonable preferir a día de hoy el fin que se afirma. Por tanto, la correcta aplicación del método presupone una estructura más compleja. Denominamos esos indicios, datos o razones genéricamente como $R^1, R^2 \dots R^n$.

(1) (x) $\sqsubset Tx \sqsubset (Sx \sqsubset F_n) \sqsubset \sqsubset OSx$

(2) $R^1, R^2 \dots R^n \sqsubset F_n^*$

(3) $Sh \sqsubset F_n^*$

(4) OSh

En cuanto al segundo de los pasos citados, es decir, la justificación de $Sh \sqsubset F_n^*$, tal justificación requiere una ponderación de las distintas interpretaciones posibles en cuanto medios adecuados o inadecuados para el fin señalado. Ese razonamiento es una **estimación de consecuencias** que se realiza en términos probabilísticos.

Pongamos que las interpretaciones posibles de h sean S^1h y S^2h . El razonamiento completo sería:

(1) (x) $\sqsubset Tx \sqsubset (Sx \sqsubset F_n) \sqsubset \sqsubset OSx$

(2) $R^1, R^2 \dots R^n \sqsubset F_n^*$

(3) $S^1h \sqsubset \sqsubset F_n^*$

(3) $S^2h \sqsubset F_n^*$

(4) OS^2h

En realidad, aún no estamos recogiendo con precisión la índole del razonamiento. Téngase en cuenta que las interpretaciones, con este método, se seleccionan en razón de que la aplicación subsiguiente de la norma lleve a consecuencias que supongan la realización del fin de la norma.

Por tanto, es más exacto sustituir $Sh \sqsubset F_n^*$ por:

$(Sh \sqsubset C) \sqsubset F_n^*$

Si llamamos C' y C'' a las consecuencias a las que llevan las dos distintas interpretaciones posibles, tendríamos:

(1) (x) (x) $\sqsubset Tx \sqsubset \sqsubset (Sx \sqsubset C) \sqsubset (C \sqsubset F_n) \sqsubset \sqsubset \sqsubset OSx$

(2) $R^1, R^2 \dots R^n \sqsubset F_n^*$

(3) $S^1h \sqsubset C'$

(4) $S^2h \sqsubset C''$

(5) $C' \sqsubset \sqsubset F_n^*$

(6) $C'' \sqsubset F_n^*$

(7) OS^2h

Con esto recogemos pasos necesarios del correcto razonamiento aplicativo. Obviamente, aún habrán de aportarse en dicho razonamiento (cuando no sean perfectamente evidentes) las razones que justifican la verdad o verosimilitud de (3), (4), (5) y (6). Con ello se comprueba la gran complejidad que reviste la correcta aplicación del método teleológico.

Pero tal complejidad aún puede ser mayor. Tal acontece si además de una estimación de consecuencias tiene que entrar en juego una **ponderación de consecuencias**. Así ocurre cuando son varios los significados que llevan a la realización del fin sentado, o cuando dicho fin es más de uno y esos fines plurales operan o bien alternativa o bien acumulativamente (cuando tratemos esto último supondremos que los fines son dos, en aras de la simplicidad). Veamos estos supuestos.

a) Cuando distintos significados de la norma interpretada llevan a la realización del fin.

Hemos dicho que el método teleológico, como método interpretativo, sólo entra en juego como pauta de elección de interpretaciones posibles, esto es, compatibles con los usos de los términos interpretados. Puede suceder que varias de esas interpretaciones posibles, aunque diversas, se estimen compatibles con el fin de la norma. En ese caso, este método serviría para descartar, en su caso, determinadas interpretaciones, aquellas que no sean congruentes con dicho fin, pero no operaría como pauta de decisión para elegir una de las interpretaciones compatibles.

Un ejemplo. Sea la norma *n* la siguiente: □Se castigará con multa de *x* pesetas a quien arroje basuras a las aguas□. El término *h* de ese texto legal del que se plantea la duda interpretativa es el término □aguas□. Asumamos que, con base en las razones consistentes que vengan al caso, hemos sentado que el fin de esa norma *n* que el legislador perseguía (*F_n*, por tanto) es: proteger las aguas contra la contaminación, para velar, así, por el medio ambiente.

Sentado ese fin, tenemos que el término □aguas□ (*h*) de esa norma *n* podemos entenderlo tanto haciendo referencia a las aguas del mar (*S¹h*) como a las aguas de los ríos (*S²h*) o a ambas (*S³h*)¹⁸⁹. Por tanto, esos significados posibles de □aguas□ quedarían así:

S¹h = □aguas□ quiere decir (en *n*) aguas del mar.

S²h = □aguas□ quiere decir (en *n*) aguas de los ríos.

S³h = □aguas□ quiere decir (en *n*) aguas del mar y de los ríos.

¹⁸⁹ Tampoco hace falta insistir en que □aguas□ ahí puede hacer referencia también a las aguas de los lagos, a las de los embalses, etc. Pero se trata de no complicar innecesariamente el ejemplo.

Es fácil argumentar que si el fin de la norma n es el citado de evitar la contaminación y velar por el medio ambiente, ese fin se alcanza tanto con S^1h como con S^2h o S^3h . Por tanto, si el fin que hemos podido sentar como querido por el legislador es ése sin más¹⁹⁰, el argumento teleológico por sí solo no conduce a una decisión interpretativa unívoca y dicha decisión habrá de justificarse echando mano de otros argumentos. Por otro lado, aquí el argumento teleológico no está reñido con el de interpretación literal, dado que con éste se constata de modo evidente la vaguedad del término $\Box\text{aguas}\Box$. Tendríamos el siguiente esquema:

- $$\begin{array}{ll} (1) & (x) \Box Tx \Box (Sx \Box Fn) \Box \Box OSx \\ (2) & Th \\ (3) & (S^1h \vee S^2h \vee \dots S^nh) \Box Fn \\ \hline (4) & O(S^1h \vee S^2h \vee \dots S^nh) \end{array}$$

En tal situación, la afirmación de que debe optarse por cualquiera de esas tres interpretaciones S^1h , S^2h , S^3h podría válidamente atacarse alegando que cualquiera de las otras sirve también al mismo fin, por lo que no se justifica la preferencia por ninguna. Entonces, dicha preferencia por una de ellas sólo estaría justificada por una de estas dos vías:

i) Mostrando que cualquier otro método interpretativo admisible refuerza tal elección de entre las interpretaciones compatibles con el fin. Aquí tendríamos otro método funcionando como complementario del teleológico. Es un caso de complementación entre métodos.

ii) Aplicando como regla decisoria un argumento de maximización de consecuencias positivas. Conforme a tal regla, se habrá de optar por aquella interpretación, de las compatibles con el fin de la norma, que acarree unas consecuencias que supongan la más elevada realización de aquel fin. Esta regla no sería sino la *ratio* subyacente al método teleológico, su razón de ser.

Se trataría de **ponderar** medios para un fin, buscando el que en más alta medida realice este fin. Por supuesto, cualquier afirmación acerca de en qué medida cada medio contribuye a la realización de ese fin tendrá que justificarse con buenos argumentos. Pero el esquema formal del resultado de dicha ponderación se puede representar así (donde Z representa \Box el medio más idóneo de los que llevan a la realización del fin F):

- $$\begin{array}{ll} (1) & \Box(M^1 \vee M^2 \vee \dots M^n) \Box F \Box \Box OZ \\ (2) & M^2 \Box Z \\ \hline (3) & OM^2 \end{array}$$

Lectura:

(1) Si el medio 1 (M^1) o el medio 2 (M^2) o el medio n (M^n) llevan a la realización del fin F , entonces se debe optar por el medio más idóneo de los que llevan al fin F (Z)

(2) M^2 es el medio más idóneo de los que llevan al fin F (Z).

(3) Se debe optar por el significado M^2 .

Tanto (1) como (2) requerirán, para su uso racional, una suficiente fundamentación argumentativa. Igualmente, puede ser necesario justificar que sólo esas y nada más que esas interpretaciones llevan a F y, especialmente, que ninguna otra interpretación fuera de éstas lleva a Z .

¹⁹⁰ No es difícil imaginar una situación así. Pongamos, por ejemplo, que la norma n sea un artículo del código penal. Por supuesto, si n fuera un artículo de una ley la cual llevara por título \Box Ley de protección de las aguas fluviales \Box tendríamos una situación distinta, pues resultaría evidente que el fin de n es evitar la contaminación de las aguas de los ríos, con lo que tendríamos un argumento muy potente para afirmar que $\Box\text{aguas}\Box$ significa $\Box\text{aguas de los ríos}\Box$, y no de los mares o de ambos.

Repasemos, por tanto, todo el razonamiento, teniendo en cuenta los siguientes significados de las variables utilizadas:

- $n = \square$ Se castigará con multa de x pesetas a quien arroje basuras a las aguas \square .

- $F_n =$ proteger las aguas contra la contaminación, para velar, así, por el medio ambiente.

- $h = \square$ aguas \square .

- $S^1h = \square$ aguas \square quiere decir (en n) aguas del mar.

$S^2h = \square$ aguas \square quiere decir (en n) aguas de los ríos.

$S^3h = \square$ aguas \square quiere decir (en n) aguas del mar y de los ríos.

$Z =$ Significado de h que permite la mayor realización de F_n , es decir, el mayor grado de protección frente a la contaminación y de garantía del medio ambiente.

(1) $(x) \square T_x \square (S_x \square F_n) \square \square OS_x$

(2) Th

(3) $(S^1h \vee S^2h \vee \dots S^nh) \square F_n$

(4) $O(S^1h \vee S^2h \vee S^3h)$

Si, ante esa situación, aplicamos la regla de preferencia antes enunciada, asumiendo que hemos podido argumentar convincentemente que con S^3h se da el mayor grado de protección del medio ambiente y de lucha contra la contaminación, tenemos:

(1) $\square (S^1h \vee S^2h \vee \dots S^nh) \square F_n) \square \square OZ$

(2) $S^3h \square Z$

(3) OS^3h

b) A la norma se pueden asignar razonablemente distintos fines alternativos, ya sea porque el legislador pretendió conseguir con la norma cualquiera de ellos, ya porque ambos resulten razonables y admisibles a tenor de la opinión y las necesidades actuales. En tal caso, tendríamos que

$$F_n = F^1_n \vee F^2_n$$

Pongamos que el fin que se ha atribuido a la norma sea el de reducir el paro o reducir la inflación, con lo que al término h de n podemos darle el significado S^1 , que llevaría a conseguir una reducción del paro, y el significado S^2 , que llevaría a la reducción de la inflación. O sea, con S^1 se consigue uno de los fines de la norma (F^1_n) y con S^2 el otro (F^2_n). La correspondiente fórmula del argumento interpretativo quedaría así en este caso:

(1) $(S_x \square F_n) \square OS_x$

(2) $(F^1_n \vee F^2_n) \sqsubset F_n$

(3) $S^1h \square F^1_n$

(4) $S^2h \square F^2_n$

(5) $O(S^1h \vee S^2h)$

La misma *ratio* del método interpretativo lleva a un orden claro de preferencia entre interpretaciones, regla de maximización de las consecuencias realizativas del fin. Esto es, si una de las

interpretaciones posibles sirve a la realización simultánea de ambos fines, esa interpretación ha de gozar de prioridad¹⁹¹.

$$\begin{aligned} & (Sx \sqcap Fn) \sqcap OSx \\ \text{def. Fn: } & F^1n \vee F^2n \\ & \sqcap Sx \sqcap (F^1n \sqcap F^2n) \sqcap OSx \end{aligned}$$

Sentada la regla anterior, la asignación de un significado que sólo permita realizar uno de esos fines alternativos sólo estaría justificada cuando ninguno de los significados posibles permite conseguir acumulativamente ambos¹⁹². Esta regla se podría representar así:

$$\sqcap \sqcap (Sx \sqcap F^1n \sqcap F^2n) \sqcap (S^1x \sqcap F^1n) \sqcap (S^2x \sqcap F^2n) \sqcap O(S^1x \vee S^2x).$$

c) La norma tiene varios fines que se han de alcanzar acumulativamente, bien porque así lo haya querido el legislador, bien porque ese sea el sentido razonable de la norma con parámetros actuales. En tal caso, el significado que se ha de asignar a la norma, de entre los posibles, es el que permita la realización conjunta de esos fines. Para dar cuenta de esta situación bastará añadir al esquema general del razonamiento aplicativo del método teleológico una premisa, la (3), con lo que quedará del siguiente modo:

$$\begin{aligned} (1) \quad & (x) Tx \sqcap (Sx \sqcap Fn) \sqcap OSx \\ (2) \quad & \text{def. Fn*}: F^1n^* \sqcap F^2n^* \\ (3) \quad & Sh \sqcap F^1n^* \sqcap F^2n^* \\ \hline (4) \quad & OSh \end{aligned}$$

¹⁹¹ En realidad el asunto es más complicado y nos lleva a expresar la máxima dificultad del argumento ponderativo. Supongamos varios escenarios. Utilizaremos una escala de 0 a 1 para representar el grado de realización del fin de la norma.

Escenario 1. La interpretación S^1 lleva a la que la realización de F^1 sea 1 y la realización de F^2 sea también 1. En este caso, la prioridad de esta interpretación es total.

Escenario 2. La interpretación S^1 lleva a una realización de F^1 de 0,5 y a una realización de F^2 de 0,5. Y la interpretación S^2 a una realización de F^1 de 1 y a una realización de F^2 de 0. ¿Cuál de las dos sería preferible? La regla general sería la de que es preferible aquella interpretación que maximice las consecuencias totales de realización de ambos fines. Pero cuando dicha suma total es idéntica en dos interpretaciones, ambas tendrían el mismo grado de admisibilidad.

Obviamente, este modelo simplifica las cosas, pues normalmente será muy difícil cuantificar, y cuantificar comparativamente, el grado de realización de los fines. El razonamiento tiene más de intuitivo que de cálculo.

¹⁹² Habría que añadir: o cuando el grado de consecución de uno de ellos se entiende más importante o relevante que la suma de los grados de consecución de los dos.

Como resumen del modo de operar del método teleológico podemos sentar:

- Sólo es un método interpretativo cuando sirve para elegir entre significados posibles, en el sentido de compatibles con el □tenor literal□.
- Su lógica interna, es decir, sus presupuestos justificatorios, lleva a presuponer en ocasiones el uso de ciertas reglas que lo complementan.
- Puede también en esas ocasiones funcionar con el auxilio de un método complementario, de modo que sólo unidos justificarán la decisión interpretativa.
- Sólo se basta para justificar la decisión interpretativa cuando siendo varias las interpretaciones posibles, sólo una de ellas se acredita como útil para la realización del fin de la norma.
- La justificación de las premisas que comparecen en el razonamiento aplicativo es especialmente difícil y, por tanto, merecedora de una argumentación particularmente exigente.

3.2.1. Algunas observaciones sobre el argumento consecuencialista.

Hemos visto aparecer el argumento consecuencialista, a propósito de la aplicación del método teleológico, en dos formas, esto es, como estimación de consecuencias y como ponderación de consecuencias, y actuando como regla de la decisión interpretativa basada en el método teleológico cuando éste habilita varias interpretaciones compatibles con el fin o cuando el fin es plural.

En un sentido trivial, se puede traducir todo método interpretativo a un esquema consecuencialista. Así, el método sistemático nos diría que se puede/debe optar por aquel significado de la norma que tenga como consecuencia la coherencia textual; etc.

Pero cuando nos hemos referido anteriormente al argumento consecuencialista, lo hemos visto funcionando como regla de decisión interpretativa, es decir, como pauta que sirve para determinar o bien la elección de una de las posibilidades que un método deja abiertas, o bien para determinar la elección entre distintos significados que se siguen de la aplicación de distintos métodos. Si se puede afirmar convincente y razonablemente la operatividad de reglas como ésta, tendríamos que la □elección de método□ ya no queda enteramente al arbitrio del intérprete, sino que éste, si quiere ser racional, habrá de tomar en consideración tales reglas para dicha elección.

En cuanto regla de decisión interpretativa¹⁹³, ésta que llamaremos regla de preferencia de las consecuencias más favorables, establece que entre dos interpretaciones posibles (derivadas del mismo método o de métodos distintos) se ha de optar por aquella que lleve a las consecuencias más beneficiosas.

¹⁹³ Con otra terminología hablaríamos de directiva interpretativa de segundo grado.

Supongamos la siguiente situación: aplicando el argumento teleológico, bien fundamentado, tenemos que debemos asignar a la norma el significado S^1 ; aplicando el argumento de interpretación subjetiva-semántica, bien fundamentado también, tenemos que debemos asignar a la norma el significado S^2 ; y aplicando el argumento de interpretación sistemática, bien fundamentado, tenemos que debemos asignar a la misma norma el significado S^3 . Es decir, con base en los respectivos argumentos mencionados, podemos válida y justificadamente¹⁹⁴ sostener OS^1 , OS^2 y OS^3 . Por supuesto, la decisión interpretativa no puede consistir en afirmar como obligatorios esos tres significados distintos, pues la decisión interpretativa consistirá en optar por un solo significado. A esos efectos, como es bien sabido, son necesarias reglas o argumentos de segundo orden que guíen la elección entre uno de esos significados posibles en tanto que justificados por el buen uso de su respectivo argumento. De lo contrario, hay que concluir que es la valoración subjetiva del juez la que gobierna tal opción.

Pues bien, cabe postular la siguiente regla o argumento de segundo orden a ese efecto: si están justificadas varias interpretaciones distintas se debe optar por la que lleve a las consecuencias más beneficiosas¹⁹⁵. El esquema del razonamiento de aplicación de tal regla sería el siguiente:

- (1) $(OS^1 \sqcup OS^2 \sqcup OS^3 \sqcup \dots OS^n) \sqcup OSZ$
 - (2) $S^3 \sqcup C^3$
 - (3) $C^3 \sqcup Z$
-
- (4) OS^3

Z equivale a \sqcup consecuencias más beneficiosas \sqcup y SZ es el significado que permite lograr las consecuencias más beneficiosas.

Lectura:

- (1) Si se debe asignar el significado S^1 y el significado S^2 y el significado S^3 y el significado $\dots S^n$ ¹⁹⁶, entonces se debe elegir el significado que permite alcanzar las consecuencias más beneficiosas.
- (2) S^3 lleva a la consecuencia C^3 .
- (3) La consecuencia C^3 es la consecuencia más beneficiosa (Z)
- (3) Se debe optar por S^3 .

¹⁹⁴ Justificadamente, o que los respectivos argumentos están bien fundamentados, quiere decir que hemos alegado buenas razones para sustentar las premisas de cada uno de estos argumentos, razones que han de ser respaldadas, a su vez, con pruebas o razones convincentes: esto es, que, por ejemplo, respecto de la segunda premisa del argumento subjetivo-semántico hemos acreditado suficientemente qué era lo que el legislador quería expresar con los términos de la norma, etc.

¹⁹⁵ Conviene distinguir según la índole del fin que a la norma se asigne. Cuando dicho fin consiste en que se alcance un cierto estado de cosas, las distintas interpretaciones se ponderan en función de su capacidad respectiva para provocar esa consecuencia consistente en tal estado de cosas. En cambio, cuando se trata \sqcup fines regulativos \sqcup , es decir de normas cuyo fin es que se procure el más alto grado posible de cosas tales como \sqcup bienestar general \sqcup , \sqcup protección de los derechos fundamentales \sqcup , \sqcup seguridad del tráfico jurídico \sqcup , \sqcup estabilidad de la familia \sqcup , etc. (cfr. K. Pleszka, T. Gizbert-Studnicki, \sqcup Empirisches Wissen als Grundlage der teleologischen Interpretation \sqcup , ARSP, Bhf. 53, pp. 187-188), se tratará de ponderar las interpretaciones posibles según su grado de mayor o menor realización de esa consecuencia.

¹⁹⁶ Nuevamente recalco que el \sqcup se debe \sqcup que respalda a cada uno de esos significados viene dado por el fundamento normativo que alcanzan mediante su fundamentación en el respectivo argumento interpretativo.

La premisa (1) es normativa, es la formulación de la regla o directiva de segundo orden. La premisa (2), como ya sabemos, requiere fundamentar por qué la consecuencia C^3 se considera alcanzable a partir de la asignación del significado S^3 . La premisa (3) exige la fundamentación de por qué se considera C^3 más beneficiosa o conveniente que las otras consecuencias en juego, derivadas de las otras interpretaciones posibles. También puede ser necesario dar razón de que C^3 se sigue sólo de S^3 y no también, o mejor, de S^1 y S^2 .¹⁹⁷

Naturalmente, la aplicación de esta regla presupone una previa escala con la que medir y jerarquizar las consecuencias según su condición de mejores o peores, de más o menos beneficiosas. Aquí nuevamente puede haber variaciones según cuál sea la doctrina jurídico-política de la que se parta. Una doctrina como la que nosotros defendemos, partidaria del mayor respeto posible a los mandatos contenidos en las normas, establecerá la siguiente guía para la constitución de aquella escala:

¹⁹⁷ En realidad, el argumento plenamente desarrollado sería el siguiente:

- | | |
|-----|---|
| (1) | $(OS^1 \square OS^2 \square OS^3 \square \dots OS^n) \square OSZ$ |
| (2) | $S^1 \square C^1$ |
| (3) | $S^2 \square C^2$ |
| (4) | $S^3 \square C^3$ |
| | |
| (5) | $S^n \square C^n$ |
| (6) | $C^3 \square Z$ |
| (7) | OS^3 |
-

Las premisas (2) a (6) necesitan estar suficientemente fundamentadas. Que una premisa esté suficientemente fundamentada significa que se apoya en datos, observaciones, indicios o razones que a) no sean demostrablemente falsos; b) estén suficientemente acreditados o respaldados; c) no expresen una percepción, preferencia u opinión puramente subjetiva y desentonante de la percepción, preferencia u opinión unánime o claramente mayoritaria; d) sean congruentes con el ordenamiento jurídico; e) sean consistentes con los datos, preferencias o apreciaciones que el emisor manifieste en su argumentación en la misma o en otras decisiones. Sólo la convicción fundada y fácilmente comprobable de que se aporta un dato o apreciación evidente y, por tanto, perfectamente compatible y compartido por todos sin necesidad de ulterior fundamento, puede exonerar de la correspondiente carga argumentativa.

Cuestión crucial es la de dónde puede encontrar el intérprete esos datos o razones que avalen su afirmación de que de determinada interpretación, que opera como causa, se seguirán determinadas consecuencias. Pleszka y Gizbert-Studnicki manejan dos posibilidades al respecto, las ciencias sociales y el saber común (*Alltagswissen*). Son escépticos respecto al rendimiento de las ciencias sociales para ese propósito y sostienen, por tanto, que la apoyatura del intérprete es y debe ser el saber común (vid. op.cit., pp. 188ss).

- En primer lugar, hay que insistir en que hablamos de lo que venimos llamando interpretaciones posibles. Cuando se pretende que de la decisión jurídica se siga una consecuencia que no se puede alcanzar respetando ni el tenor del enunciado legislativo tomado aisladamente ni en su interpretación sistemática (a la que luego aludiremos), la única salida es la decisión *contra legem*, esto es, la creación de una norma nueva que suplante a la aplicable. Ahí no actúa como regla de decisión interpretativa, sino como fundamento (admisible o no en razón de la correspondiente doctrina jurídico-política) justificatorio de la creación de una norma nueva.

- Como regla de elección de entre las interpretaciones posibles, se debe actuar con arreglo a una escala de preferencia que, para una doctrina como la que defendemos, puede tener el siguiente orden. En primer lugar, se ha de dar prevalencia a los fines expresamente establecidos por el propio ordenamiento jurídico. En segundo lugar, a los fines concordantes con las preferencias socialmente dominantes. Y sólo en último lugar a los fines que prefiera el intérprete según su concepción de lo bueno y lo justo.

Esta regla de selección de interpretaciones la hemos visto hasta ahora operando de modo positivo (avalando la opción por una determinada interpretación). Pero también puede operar como criterio negativo, para excluir una determinada interpretación, sin dar ulteriores razones para elegir entre las otras interpretaciones subsistentes (en el caso de que subsista más de una interpretación alternativa). En tales ocasiones el argumento consecuencialista no impone escoger la interpretación que lleve a las consecuencias más beneficiosas, sino descartar la que lleve a ciertas consecuencias especialmente rechazables.

La fórmula en este caso sería:

(1) $(OS^1 \square OS^2 \square OS^3 \square \dots OS^n) \square O \square SZ'$

(2) $S^1 \square C^1$

(3) $C^1 \square Z'$

(4) $O \square S^1$

Z' equivale a consecuencia rechazable, inadmisible.

Una consecuencia puede aparecer como rechazable por distintas razones, fundamentalmente aquí tres: razones jurídicas, razones lógicas y razones de evidencia o sentido común.

- Una interpretación es rechazable en sus consecuencias jurídicas si sus efectos suponen un daño o menoscabo de algún valor o principio considerado esencial en el ordenamiento jurídico¹⁹⁸. Por supuesto, desde una doctrina positivista se atenderá sólo a principios positivados o que se puedan inducir de las normas positivas, mientras que desde doctrinas antipositivistas se invocarán también principios no positivos que se considere que forman parte del conjunto del derecho. Ahí vemos cómo la que a veces se llama interpretación principialista puede verse, cuando opere negativamente, para excluir interpretaciones, como especie de un argumento consecuencialista¹⁹⁹.

En el caso de que el principio en cuestión forme parte de una norma jerárquicamente superior a la que se interpreta²⁰⁰, estaríamos ante el supuesto a que nos referimos a continuación.

¹⁹⁸ El ejemplo que Dworkin maneja a propósito de *Riggs vs. Palmer* encajaría aquí: si se interpreta la correspondiente norma sucesoria sin excepción, admitiendo que el nieto debe heredar, se provoca un efecto dañino para el principio, tenido por fundamental del sistema jurídico, de que nadie debe beneficiarse de su propio acto ilícito.

Un buen ejemplo, indiscutiblemente jurídico, en Looschelders y Roth (D. Looschelders, W. Roth, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996, p. 108).

¹⁹⁹ Un ejemplo. STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5: \square no es discutible que en nuestra Constitución la libertad se encuentra erigida, en el art. 1, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, entendida no sólo en su dimensión política, sino en su más amplia y comprensiva dimensión de libertad personal. Precisamente por ello, en el fundamento jurídico segundo de esta Sentencia hemos insistido en la necesidad de llevar a cabo una interpretación de las normas legales favorecedora de tal valor superior \square .

²⁰⁰ Hay que tener en cuenta que con la concepción de los principios que propugna Luzzati, los principios, que serían \square las normas-base, las normas inspiradoras de un campo del derecho o del entero ordenamiento jurídico \square (C. Luzzati,

- Las consecuencias de una interpretación aparecen como rechazables por razones lógicas cuando dicha interpretación lleva a una antinomia. De este modo se aprecia que también en el argumento lógico-sistemático, que luego analizaremos, se puede ver funcionando un argumento consecuencialista. Sería una muestra más del carácter transversal del argumento consecuencialista.

- En cuanto a las razones de evidencia o sentido común, aparecen cuando las consecuencias de una interpretación se consideran rechazables por constituir un sinsentido, un absurdo, por dar lugar a una situación que nadie puede razonablemente querer defender. Así se aprecia que el llamado argumento de reducción al absurdo es una forma de argumento consecuencialista²⁰¹.

La vaghezza delle norme, Milán, Giuffrè, 1990, pp 262), estarían siempre en una cierta posición de prevalencia frente al resto de la normas, al margen de su jerarquía formal.

²⁰¹ Así lo mantienen Looschelders y Roth (D. Looschelders, W. Roth, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996, pp. 107ss.).

La potencia del argumento de reducción al absurdo, en cuanto argumento consecuencialista negativo que es, resulta muy grande, precisamente a esos efectos de excluir interpretaciones. Tanto es así, que resulta el mejor instrumento incluso para descartar la interpretación literal, lo cual han de reconocer incluso quienes pretenden una fuerte preeminencia de la interpretación literal. Si interpretar una norma, al pie de la letra, es decir, respetando plenamente el significado usual y las reglas sintácticas del enunciado en que dicha norma se expresa, lleva a aplicaciones o consecuencias abiertamente contraintuitivas, absurdas, se rechaza tal interpretación. Ese absurdo puede ser tanto un absurdo jurídico²⁰² o empírico. A menudo, cuando se invoca la □naturaleza de las cosas□ para rechazar una determinada interpretación, se está realizando un razonamiento al absurdo²⁰³.

El llamado argumento de **reducción teleológica** sería una manifestación del razonamiento al absurdo. Con aquel argumento se rechaza la aplicación de una norma a un caso con el argumento de que interpretarla como aplicable al caso chocaría con lo que razonablemente la norma puede exigir, a tenor de lo que es su fin. Por supuesto, aquí ha tenido que anteceder una interpretación teleológica de la norma, ya sea teleológico-subjetiva o teleológico-objetiva, y una vez sentado así lo que la norma persigue, se acredita que resulta absurdo, a la vista de ese fin, aplicarla de cierta manera o a ciertos casos. Por tanto, el argumento de reducción teleológica no es sino la síntesis o acumulación de un argumento de interpretación teleológica y un argumento al absurdo. Con ello se ve también cómo el argumento al absurdo puede llevar al surgimiento de una laguna, en cuanto que puede reforzar la no aplicación de una norma a un caso y si no hay otra norma que se justifique como aplicable habrá surgido una laguna.

Rige, por consiguiente, para el argumento al absurdo lo que con carácter general se ha dicho para el argumento consecuencialista, en el sentido de que se ha de justificar de modo argumentativamente satisfactorio que la consecuencia, la consecuencia absurda en este caso, se seguirá con elevada probabilidad y, además y para esta modalidad, es necesario justificar también que el absurdo es tal, alegando las correspondientes razones (jurídicas, empíricas...). Ahí la argumentación tendrá que ser tanto más exigente cuanto menos evidente sea el absurdo.

²⁰² Pensemos en lo que sería una interpretación absolutamente literal del art. 14 CE: llevaría a tener que eliminar por inconstitucionales prácticamente todas las normas del ordenamiento jurídico español, desde tal norma del sistema se sabotearía el sistema mismo.

Toda una cadena de razonamientos al absurdo como base para rechazar por sus contraintuitivos efectos ciertas pretensiones de las partes se contiene en la STC 16/1981, de 18 de mayo, f.j. 10: □Sentado lo anterior, bastará referirse brevemente a las supuestas infracciones de otros derechos fundamentales alegados por los recurrentes. Respecto al derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución y que habría sido violado al ordenar la sentencia impugnada el internamiento del señor X.Y.Z. en un establecimiento adecuado, del que no podrá salir sin previa autorización del Tribunal, es de señalar que la privación de libertad es posible, según el mismo artículo, cuando se hace en los casos y la forma prevista por la Ley, y en este caso el artículo 8.1 del Código Penal ordena esa interpretación por razones fácilmente comprensibles, en casos como el presente, en que se declara la exención de responsabilidad criminal por enajenación mental. En cuanto a la lesión del derecho al honor reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución, y que aquí se habría producido en relación con el señor X.Y.Z., al considerarle autor material de dos delitos de asesinato consumado, y respecto a su padre, porque al declararle responsable civil directo, con arreglo al artículo 20.1 del Código Penal, se le atribuye el haber desatendido sus deberes de guarda o custodia de su hijo, es evidente que en ambos casos se alegan consecuencias necesarias de la sentencia en virtud de los hechos que en ella se declaran probados y que estas consecuencias objetivas de una sentencia no pueden constituir una lesión al honor protegido por el artículo 18.1, pues la opinión contraria llevaría al **absurdo** de que una gran parte de los condenados penalmente podrían invocar dicho derecho para librarse de la condena. Citan también los recurrentes el artículo 33.1 de la Constitución, que reconoce la propiedad privada, pero aparte de que este precepto no se encuentra entre los protegidos por el recurso de amparo, es también evidente que la imposición de una indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de la responsabilidad civil fijada por sentencia no constituye una lesión al derecho constitucional de la propiedad privada□.

²⁰³ Por ejemplo, si una determinada interpretación llevara a entender que para el disfrute de cierto derecho que la norma concede el titular ha de medir más de tres metros de altura, o ser capaz de vivir sin respirar, o carecer de sexo, etc., etc., muchos dirían que se atenta contra la naturaleza de las cosas, que es tanto como decir que la norma así interpretada resulta absurda.

3.3. Argumento sistemático.

No resulta fácil dar una caracterización general de estos argumentos, dada la heterogeneidad de los que de una u otra manera suelen recogerse bajo esa denominación genérica²⁰⁴. Posiblemente lo más aproximado es decir que argumentos de interpretación sistemática son aquellos que para otorgar significado a un enunciado normativo toman en cuenta (el significado de) otros enunciados normativos del mismo sistema, de modo que el significado que se haya de dar al enunciado normativo que se interpreta se torna dependiente, de algún modo, de lo que se diga en otros enunciados normativos del mismo sistema de normas en vigor²⁰⁵.

²⁰⁴ Véase por ejemplo la gran diversidad de variantes que menciona Alexy en su artículo sobre interpretación. Ese carácter ☐heterogéneo☐ de los argumentos que se suelen acoger a la etiqueta de argumentos de interpretación sistemática lo resalta Velluzzi (V.Velluzzi, ☐Interpretación sistemática☐: ☐Un concepto realmente útil?☐, en *Doxa*, 21-I, 1998, p. 72-73). Ello sería debido a que ☐detrás de cada técnica interpretativa hay una noción particular de sistema☐ (ibid., 72-73). En nota 24 de ibid., p. 73 menciona ejemplos de los distintos argumentos que autores diversos conducen a la interpretación sistemática.

²⁰⁵ Con esas notas definitorias hemos introducido matices que permitirán diferenciar los argumentos interpretativos sistemáticos de otros argumentos interpretativos:

- Al sostener que los otros enunciados que se consideran han de ser también enunciados propiamente normativos estamos excluyendo lo que puede significar para argumentos interpretativos como el subjetivo-semántico o el subjetivo-teleológico la toma en consideración, por ejemplo, de lo que se diga en la exposición de motivos de la ley. Aquí se pueden plantear supuestos curiosos, al margen de la discusión que cabe sobre si las exposiciones de motivos tienen o no carácter normativo propiamente dicho, es decir, sobre si establecen obligaciones vinculantes para algún tipo de destinatario. Supongamos que en la exposición de motivos el legislador ha sentado la definición del término ☐x☐. ☐Estaría el aplicador de la norma N de ese cuerpo legal obligado a atribuir a dicho término x, relevante para la interpretación de la norma N, el mismo significado dado con aquella definición? Creo que, si mantenemos el carácter no normativo de la exposición de motivos, hemos de concluir que la toma en consideración de dicha definición no podría apoyarse en un argumento sistemático, sino en otro tipo de argumentos, como el subjetivo-semántico. (De todos modos hay que tener en cuenta que una definición legislativa sólo es plenamente vinculante desde una teoría subjetiva de la interpretación).

- Cuando decimos que los enunciados normativos que se consideran en la interpretación sistemática han de ser del mismo sistema de normas en vigor, estamos trazando la frontera entre los argumentos sistemáticos y el argumento histórico, tal como muchos autores lo caracterizan. En efecto, puede ser relevante para establecer el significado de la norma en vigor N conocer lo que anteriormente decía la norma N, ya derogada por N', pero ese sería un argumento histórico.

- Cuando postulamos que las normas que conjuntamente se toman en consideración en la interpretación sistemática han de ser del mismo sistema jurídico, estamos diferenciando los argumentos sistemáticos de los argumentos comparativos, es decir, de los que para dar significado a la norma N de un determinado sistema de un Estado se apoyan en lo que normas iguales o similares significan en los sistemas jurídicos de otros estados.

Bajo tal noción general encajarían tres argumentos independientes y diferenciados: el lógico-sistemático, el topográfico y el sistemático en sentido propio.

3.3.1.- Argumento lógico-sistemático.

Mediante este argumento interpretativo se postula que entre varias interpretaciones posibles de una norma se debe elegir aquella que evita que la norma que se interpreta entre en contradicción con otra norma del sistema. En otros términos, Si la norma N1 puede tener dos significados ($S^1 N^1$ y $S^2 N^1$) y existe otra norma N^2 cuyo significado es opuesto (deónticamente) a $S^1 N^1$ o $S^2 N^1$, se debe optar por el significado de N^1 que no se oponga (deónticamente) al significado de N^2 . Más precisamente, desarrollando este esquema: si tenemos que

$S^1 N^1 \square Ox$

$S^2 N^1 \square \square Ox$

y hemos establecido que

$N^2 \square Ox$

no podemos, en virtud de este argumento, elegir la interpretación $S^2 N^1$.

Con lo que hemos dicho tenemos una base para precisar cuál es el peculiar estatuto de este argumento interpretativo lógico-sistemático. En efecto, sería un criterio interpretativo de segundo orden²⁰⁶ o, quizá mejor expresado, no sería propiamente un criterio interpretativo, sino una regla de interpretación. Por ejemplo, si $S^2 N^1$ se puede sostener fundadamente a partir de la voluntad del legislador autor de N^1 , tendríamos que, con base en tal argumento, $S^2 N^1$ es una interpretación admisible. Pero la regla de interpretación lógico-sistemática prohibiría dicho resultado interpretativo porque da lugar a una antinomia con N^2 . Y la regla de interpretación lógico-sistemática se aplicaría para elegir entre los resultados de argumentos interpretativos admitidos. Ni a $S^1 N^1$ ni a $S^2 N^1$ se llega mediante un \square argumento \square lógico-sistemático, sino que $S^1 N^1$ y $S^2 N^1$ se toman en consideración a partir de sostenerse respectivamente en argumentos interpretativos admitidos. Por ejemplo, $S^1 N^1$ está respaldado por un argumento teleológico-objetivo y $S^2 N^1$ está respaldado por un argumento subjetivo-semántico. Pues bien, la regla de interpretación lógico-sistemática fundamenta la elección de una de esas interpretaciones, pero no fundamenta por sí una interpretación, no propone significados, sino que elimina²⁰⁷ significados.

²⁰⁶ Coincide en esta idea V.Velluzzi, que distingue entre argumentos de primer grado, que \square son aquellos por medio de los cuales se atribuya significado a un texto normativo \square ; y argumentos de segundo grado, que son \square los métodos, las técnicas interpretativas utilizadas para elegir, o para apoyar, una determinanda atribución de significado respecto a otras atribuciones efectuadas con los argumentos \square (V.Velluzzi, $\square \square$ Interpretación sistemática $\square \square$: \square Un concepto realmente útil? \square , en *Doxa*, 21-I, 1998, p. 77, nota 38).

²⁰⁷ Merece subrayarse este aspecto de que la regla de interpretación lógico-sistemática *elimina* significados posibles, que su función es negativa, que por sí no fundamenta ni siquiera la elección de un significado determinado, salvo, naturalmente, cuando los significados en discusión son sólo dos y eliminar uno necesariamente implica optar por el otro. Supongamos la siguiente situación:

Estamos interpretando la norma $N1$ y sus significados posibles (cada uno respaldado sólidamente por un argumento interpretativo admitido) son $S^1 N^1$, $S^2 N^1$ y $S^3 N^1$:

$S^1 N^1 \square Ox$

$S^2 N^1 \square \square Ox$

$S^3 N^1 \square O \square x$

Y pongamos que la norma N^2 tiene el siguiente contenido:

$N^2 \square (Ox \vee \square Ox)$

De esa manera, N^2 sería antinómica con $S^3 N^1$, pero no con $S^1 N^1$ ni $S^2 N^1$. Ahí, el criterio de interpretación lógico-sistemática excluye $S^3 N^1$, pero no dirime entre $S^1 N^1$ y $S^2 N^1$.

Veámoslo con el contenido de un ejemplo.

Sea N^2 : \square La autoridad pública decidirá caso por caso si las fiestas populares deben realizarse en los jardines públicos (Ox) o si pueden realizarse en otros recintos públicos ($\square Ox$) \square . (No se pierda de vista que x aquí significa \square fiestas en los jardines públicos \square).

Sea N^1 : \square La autoridad deberá evitar en los jardines públicos toda actividad que los dañe o deteriore \square .

Pues bien, si interpretamos N^1 en el sentido de que la autoridad debe prohibir toda fiesta popular en los jardines públicos (SN^1) (por ejemplo, porque esa fuera la voluntad del autor de la norma), estamos haciendo aparecer una antinomia, dado que N^2 diría que las fiestas populares en los jardines públicos pueden permitirse y N^1 querría decir (así interpretada)

que en todo caso deben prohibirse. Por tanto, la decisión concreta sobre si la fiesta popular F debe ser prohibida por la autoridad en los jardines públicos no puede ampararse en esa interpretación, sino que la autoridad que quiera prohibirla deberá dar ulteriores argumentos que muestren las razones por las que en ese caso estima que debe prohibirse, dado que, en virtud de N² tales fiestas no están prohibidas y es la autoridad la que ha de decidir caso por caso si las prohíbe o no, y N¹ sólo ampararía la prohibición basada en la concurrencia de daños.

En una completa teoría de la interpretación es sumamente necesario clasificar adecuadamente lo que son criterios y lo que son reglas de la interpretación. Pero, con independencia de eso, se puede asumir que también las reglas de la interpretación han de aplicarse en un razonamiento cuyas condiciones formales velen por su racionalidad. Y también aquí, por tanto, ayudará la formalización.

En la formalización de esta regla no podemos perder de vista, en primer lugar, que no estamos formalizando un método de solución de antinomias, sino una regla que prohíbe la interpretación que dé lugar a antinomias, con lo cual la antinomia no surge (y por tanto no tiene que solucionarse), sino que se evita que surja. Por tanto, en la formulación de la regla (regla que será, como siempre, la premisa mayor del razonamiento en que dicha regla se aplique) debe aparecer la referencia a la interpretación, a la cuestión del significado. Podemos formular la regla así:

$$(n) (S_n \sqsupset A) \sqsupset O \sqsupset S_n$$

n es la norma, S_n es un significado (interpretación) de la norma y A es una situación de antinomia entre normas del sistema jurídico.

La fórmula anterior está precisamente presuponiendo un marco en el cual cabe más de una interpretación de n y en el que al menos una de las interpretaciones posibles no provoca la antinomia. Si no fuera así, si ocurriera que o bien la interpretación posible e indubitada de n es sólo una o bien todas las varias interpretaciones posibles²⁰⁸ condujeran a una antinomia, estaríamos ante la existencia inevitable de una antinomia, con lo que no habría lugar para el juego de esta regla interpretativa lógico-sistemática, sino que habría que echar mano de las reglas de resolución de antinomias (*lex posterior*, etc.), que son cosa distinta. En consecuencia, siempre que la regla se usa con la forma que hemos visto es presuponiendo que hay una interpretación S'_n que no lleva a A . Es decir, en su planteamiento más completo, incluyendo ese presupuesto, la fórmula sería:

$$(n) \sqsupset (S_n \sqsupset A) \sqsupset (S'_n \sqsupset \sqsupset A) \sqsupset O \sqsupset S_n$$

Pero como tal presuposición es una constante, podemos utilizar la fórmula en su versión simple.

También conviene no perder de vista que una antinomia (A) puede presentarse de tres formas: cuando una norma afirma que algo es obligatorio y otra que está prohibido ($Ox \sqsupset O \sqsupset x$); cuando una norma afirma que algo es obligatorio y otra que está permitido (en el sentido de permiso fuerte, permiso de hacer o no hacer) ($Ox \sqsupset (\sqsupset Ox \sqsupset \sqsupset O \sqsupset x)$); y cuando una norma afirma que algo está prohibido y otra que está permitido (en el sentido de permiso fuerte) ($O \sqsupset x \sqsupset (\sqsupset Ox \sqsupset \sqsupset O \sqsupset x)$). Por consiguiente, si en la formalización que venimos utilizando sustituimos A por esas sus tres posibilidades definitorias, tendríamos:

$$(n) \sqsupset S_n \sqsupset (Ox \sqsupset O \sqsupset x) \vee (Ox \sqsupset (\sqsupset Ox \sqsupset \sqsupset O \sqsupset x)) \vee (O \sqsupset x \sqsupset (\sqsupset Ox \sqsupset \sqsupset O \sqsupset x)) \sqsupset O \sqsupset S_n$$

En lo que sigue tomaremos como campo de análisis solamente el caso en que la antinomia de que se trata verse sobre la primera de las situaciones mencionadas, es decir, sea una contradicción entre mandato y prohibición ($Ox \sqsupset O \sqsupset x$).

Formulada la regla, queda examinar cómo opera el razonamiento de su aplicación, del mismo modo que venimos haciendo con los principios de la interpretación. En esta ocasión es inevitable operar con más variables, ya que se han de introducir también las referencias a dos normas (entre las cuales se plantea si surge o no la antinomia). Si simplemente estableciéramos un modelo de razonamiento así:

$$(1) \quad (n) (S_n \sqsupset A) \sqsupset O \sqsupset S_n$$

$$(2) \quad S'_1 n \sqsupset A$$

²⁰⁸ Hay que insistir una vez más: si interpretación es cualquier atribución de sentido, sin límite alguno, las interpretaciones posibles de n son infinitas. Pero aquí llamamos interpretaciones posibles únicamente a aquellas que encuentren sustento en la correcta aplicación de algún argumento interpretativo admitido. Entre nosotros un argumento interpretativo finalista está admitido, por ejemplo; un argumento de interpretación estética, no.

$$(3) \quad O \Box S^1_n$$

no estaríamos recogiendo todos los elementos que tienen que comparecer en la práctica en el razonamiento y, por tanto, la formalización sería inútil a efectos de controlar si en dicho razonamiento se recogen todos los pasos necesarios y a efectos de reparar en los elementos o momentos que están necesitados de fundamentación si se pretende un uso racional de la regla.

Hagamos un primer intento de formalizar ese razonamiento aplicativo. Llamaremos a las dos normas n^1 y n^2 .

$$(1) \quad (n) (S_n \Box A) \Box O \Box S_n$$

$$(2) \quad \text{def. } A: O_x \Box O \Box x$$

$$(3) \quad S_n^1 \Box O_x$$

$$(4) \quad S_n^2 \Box O \Box x$$

$$(5) \quad O \Box S_n^1$$

Este primer esquema nos muestra ya algo importante a partir del error que contiene. Ese error reside en que (5) debería rezar así

$$(5') \quad O \Box S_n^1 \vee O \Box S_n^2$$

pues tanto eliminando S_n^1 como eliminando S_n^2 se evita la antinomia. $\Box A$ qué nos lleva esto? Nos lleva a tomar conciencia de que, en principio, la antinomia entre dos normas n^1 y n^2 se puede evitar tanto cambiando la interpretación de n^1 como cambiando la interpretación de n^2 . Esto, en términos de argumentación, indica que siempre que se opta por tomar como referencia firme e indiscutida el significado de una norma, de modo que la única alternativa que se maneja para evitar la antinomia es la de vetar una cierta interpretación de la otra norma, es necesario justificar por qué se entiende como firme y establecido el significado de la primera. De lo contrario, se puede sospechar que la atribución de un determinado significado a ésta no es sino una forma interesada de excluir precisamente una cierta interpretación de la otra²⁰⁹.

²⁰⁹ Pensemos en lo que ocurre en el caso de las sentencias de los tribunales constitucionales llamadas sentencias interpretativas. En ellas los tribunales constitucionales excluyen una interpretación de la ley cuya constitucionalidad se examina, por cuanto que la otra interpretación (supongamos que sólo son dos las interpretaciones en litigio) llevaría a entender aquella ley como contraria a la constitución. con lo que surgiría una antinomia que habría que resolver mediante el criterio de *lex superior*, que es el que justifica la prevalencia de la norma constitucional y la nulidad de la legal. Pero si en tales sentencias el tribunal no se para a justificar su interpretación de la norma constitucional, dando su significado por único e indiscutible, existe un déficit de fundamentación, ya que no se justifica uno de los elementos cruciales del razonamiento, y por tanto un defecto de racionalidad que hace pensar que sin justificación el tribunal se convierte en intérprete autorizado de la ley y, por tanto, legislador, mientras que su función es la de intérprete autorizado de la Constitución y, a partir de ahí, de la ley sólo en la medida en que deba juzgar de la compatibilidad de ésta con aquélla, en cuanto Constitución *interpretada* por él.

Cuestión distinta es que la práctica de sentencias interpretativas está justificada desde un punto de vista jurídico-político en el principio de conservación de las normas legales, que no es sino una de las manifestaciones del principio de respeto al legislador democrático. Aquí no podemos decir que sea un principio de búsqueda de coherencia del ordenamiento el que guíe dicha práctica, porque la coherencia del ordenamiento, es decir, la no existencia de mandatos contradictorios dentro de él, queda garantizada por la mera declaración de inconstitucionalidad, esto es, por el principio de *lex superior*. Por tanto y generalizando en mayor medida, podría sostenerse que siempre que se aplica la regla de interpretación lógico-sistemática para evitar que surja una antinomia entre una norma inferior y una superior, se está procurando la conservación de las normas más que por la coherencia. Por la coherencia no vela tal regla interpretativa, sino las reglas de resolución de antinomias. La regla de interpretación lógico-sistemática sólo se convierte en salvaguardia de la coherencia del sistema cuando las dos normas en cuestión son de igual jerarquía, de igual antigüedad y del mismo grado de especialidad, es decir, cuando no hay lugar a que entre en juego ninguna de las reglas de resolución de antinomias.

Pero a efectos de simplificar, demos por sentado en adelante que una de las normas ya está dotada de una interpretación plenamente asentada y no discutida. Llamaremos a esa norma n^2 . Dando por sentada también la definición de A que antes manejamos, el esquema del razonamiento aplicativo de la regla de interpretación lógico sistemática quedaría así:

- (1) $(n) (Sn \sqsubset A) \sqsubset O \sqsubset Sn$
 - (2) $n^2 \sqsubset Ox$
 - (3) $Sn^1 \sqsubset \sqsubset Ox$
 - (4) $(Ox \sqsubset \sqsubset Ox) \sqsubset A$
-
- (5) $O \sqsubset Sn^1$

Hay que insistir en que la situación en la que este razonamiento opera es la planteada por la necesidad de elegir entre interpretaciones posibles. Por eso, Sn^1 equivale a una interpretación posible de n^1 , en el sobreentendido de que también cabe, al menos, otra interpretación de n (S^1n^1), y que esa interpretación S^1n^1 no lleva a la antinomia. Si no fuera este el caso, tendríamos dos normas, n^1 y n^2 con significados ya indiscutibles y estaríamos ante una antinomia ya existente y no evitable por vía interpretativa, y habría que aplicar una regla de resolución de antinomias. Por tanto, si en nuestro esquema queremos prescindir de sobreentendidos hemos de completarlo del siguiente modo:

- (1) $(n) (Sn \sqsubset A) \sqsubset O \sqsubset Sn$
 - (2) $n^2 \sqsubset Ox$
 - (3) $Sn^1 \sqsubset \sqsubset Ox$
 - (4) $S^1n^1 \sqsubset Ox$
 - (5) $(Ox \sqsubset \sqsubset Ox) \sqsubset A$
-
- (6) $O \sqsubset Sn^1$

Si, como antes ya se explicó, la decisión interpretativa de n^1 se dirime entre sólo dos interpretaciones posibles, y dando por sentado que la decisión interpretativa tiene obligatoriamente que acontecer (se podría formalizar esta regla y añadirla a la cadena de premisas), tenemos que (6) equivale a

- (7) OS^1n^1

En cambio, si las interpretaciones posibles de n^1 son varias y sólo una de ella provoca la antinomia, ya no se puede en ese razonamiento prescribir ninguna interpretación como debida

- (1) $(n) (Sn \sqsubset A) \sqsubset O \sqsubset Sn$
 - (2) $n^2 \sqsubset Ox$
 - (3) $S^1n^1 \sqsubset \sqsubset Ox$
 - (4) $S^2n^1 \sqsubset Ox$
 - (5) $S^3n^1 \sqsubset Ox$
 - (6) $(Ox \sqsubset \sqsubset Ox) \sqsubset A$
-

- (6) $O \sqsubset S^1n^1$

En este caso, la prohibición de Sn contenida en (6) equivale a

- (7) $O(S^2n^1 \vee S^3n^1)$

Y esa alternativa hay que dirimirla, materialmente, echando mano de otras reglas o argumentos decisorios. Nunca podrá escudarse la elección de S^2n^1 o S^3n^1 exclusivamente en la mención de que es descartable S^1n^1 .

□Dónde tiene que realizarse el esfuerzo argumentativo de justificación? A efectos de simplificar, retomemos el esquema más sencillo de los dos últimos, que se refiere a la situación en que caben sólo dos interpretaciones admisibles de n .

- (1) $(n) (S_n \square A) \square O \square S_n$
 - (2) $n^2 \square O_x$
 - (3) $S^1 n^1 \square \square O_x$
 - (4) $S^2 n^1 \square O_x$
 - (5) $(O_x \square \square O_x) \square A$
-
- (6) $O \square S^1 n^1$

Se ha de justificar (2), acreditando que existe la norma n^2 respecto de la cual n puede ser antinómica. Justificar esa norma es por supuesto mencionarla, pero también, en caso de duda razonable, mostrar que está vigente, que es aplicable en el campo jurídico de que se trata, etc. También, como ya se indicó antes, es preciso justificar que no cabe salvar la antinomia modificando la interpretación de esa norma n^2 , esto es, hay que dar la razón o razones de por qué esa norma se considera dotada de un significado firme.

Respecto de (3) y (4) se impone justificar, cuando no sea plenamente evidente, que los respectivos significados ($S^1 n^1$ y $S^2 n^1$) respectivamente conducen y no conducen a la contradicción con el significado dado a n^2 .

3.3.2. Argumento topográfico.

Este argumento, una de las variantes clásicas del canon sistemático²¹⁰, parte de que se ha de dar a las normas el significado que deriva o se infiere de su ubicación dentro de un cuerpo legal determinado o de una determinada parte del cuerpo legal (títulos, capítulos, secciones, etc.). Veamos un ejemplo aclaratorio²¹¹. Supongamos que una norma dice lo siguiente: □Los mamíferos sólo podrán tenerse en las viviendas con una autorización especial de la autoridad competente y previa constatación de su no peligrosidad□. Así tomada en su literalidad, parece bien obvio que la norma puede referirse a gatos, perros, leones, hipopótamos, etc. Por tanto, la tenencia de gatos o perros estaría sometida al límite que la norma sienta. Pero pongamos que dicha norma está inserta dentro de una ley sobre la tenencia de animales, que dicha ley tiene dos capítulos o apartados, el primero □Condiciones de la tenencia de animales domésticos□ y el segundo □Condiciones de la tenencia de animales salvajes□, y que la norma en cuestión está dentro de este último apartado. Es fácil en ese caso concluir que tal norma al utilizar el término □mamíferos□ se refiere a mamíferos salvajes (leones, hipopótamos...), pero no a mamíferos domésticos, con lo que las restricciones que establece no se aplicarían a los gatos o los perros.

Formalización de este argumento:

²¹⁰ Para Velluzzi, □En realidad, este argumento es de naturaleza textual y no propiamente sistemática, en cuanto que la idea de sistema aquí no desempeña un papel determinante en la atribución de significado, sino que, en buena medida, está ligada al contexto literal-textual, es decir, al significado que las disposiciones asumen en el lenguaje ordinario o técnico-jurídico y en su conexión sintáctica, así como a la indagación de la intención del legislador, sin que haya aquí una relación estrecha entre la atribución de significado al texto normativo y el sistema jurídico entendido como un sistema tendencialmente coherente. Además, la referencia topográfica no recurre al sistema jurídico sino al sistema de la ley o al subsistema en el cual se sitúa la disposición. Este argumento es sistemático en sentido débil□ (V.Velluzzi, □□Interpretación sistemática□: □Un concepto realmente útil?□, en *Doxa*, 21-I, 1998, p. 78).

²¹¹ Según Velluzzi, □Esta técnica interpretativa se fundamenta en el presupuesto de la racionalidad del legislador conforme al cual este dispone de manera ordenada y no casual□ (V.Velluzzi, □□Interpretación sistemática□: □Un concepto realmente útil?□, en *Doxa*, 21-I, 1998, p. 78).

Comencemos con la premisa normativa del argumento, la que nos dice que a la hora de interpretar un término debemos elegir el significado que derive de la inserción sistemática (capítulo, sección, etc.) de la norma a la que ese término pertenezca. Tendremos que utilizar \square como símbolo de pertenencia.

$$(1) \quad (x) \square Tx \square (x \square C \square Sx) \square \square OSx$$

Lectura de (1): para todo x que sea un término legal, si x pertenece al capítulo (o título o sección...) C y de ahí se deriva el significado Sx, entonces es obligatorio el significado Sx

El razonamiento completo de aplicación de este argumento tendría esta estructura:

$$\begin{array}{ll} (1) & (x) \square Tx \square (x \square C \square Sx) \square \square OSx \\ (2) & a \square C \\ (3) & a \square C \square Sa \\ \hline (4) & OSa \end{array}$$

En cuanto a la justificación argumentativa para la utilización racional de este argumento, la justificación de (2) es puramente empírica y normalmente no ofrecerá dificultades. Mayor esfuerzo puede requerir la justificación de (3), mostrando las razones que hacen que sea razonable inferir el significado de a a partir de su inserción en C.

3.3.3. Argumento sistemático en sentido propio.

Se trata del argumento interpretativo que propugna que el significado de una norma puede establecerse, en ocasiones, a partir de los datos o referencias contenidos en otras normas del mismo sistema jurídico. Se trata de establecer el significado de la norma a interpretar poniéndola en su contexto normativo, en lugar de proceder mediante una lectura aislada de dicha norma.

La más sencilla formulación formal de este argumento podría ser:

$$\begin{array}{ll} (1) & (x) Tx \square OMx \\ (2) & Th \\ (3) & Mh \square Sh \\ \hline (4) & OSh \end{array}$$

Lectura:

- (1) Para todo término x, si x es un término de un texto legal T, entonces se debe dar a x el significado que deriva del contexto normativo (M)
- (2) h es un término del texto legal T.
- (3) El significado que para h deriva del contexto normativo (Mh) es Sh
- (4) Es debido el significado Sh.

Conviene no quedarse en este nivel, de muy escasa profundidad analítica, y distinguir algunas variantes de este argumento, al tiempo que, con ello, se detallan de modo más útil sus condiciones de correcta utilización.

A) Una primera variante se da cuando el dato que se toma del contexto normativo consiste en que otras normas del mismo contexto contienen **los mismos términos** que se interpretan. Esto es, si estamos interpretando la norma N que contiene el término x, y el mismo término x se contiene también en la norma N' del mismo sistema jurídico, se ha de tomar en consideración el modo en que se usa ese término en N' a efectos de otorgarle significado en N.

En su empleo más común, desde este argumento se presupone que, en virtud de una presunción de consistencia lingüística del legislador, habrá que darle a x en N el mismo significado que posee en N' , salvo que concurran y se acrediten razones de peso para mostrar que x en N' significa algo distinto de lo que puede significar en N .

Si asumimos la expresión general del argumento sistemático propiamente dicho que acabamos de mencionar, esto es

$$(x) Tx \sqsubset OMx$$

hemos, en este supuesto que examinamos, de especificar M , cuyo significado sería \sqsubset significado que se deriva de la presencia del mismo término en otra norma del contexto normativo \sqsubset . Se impone, pues, definir M en términos formales:

$$\text{def. } M: \sqsubset(Nx \sqsubset N'x) \sqsubset \sqsubset(N'x = S) \sqsubset \sqsubset(C1, C2...Cn) \sqsubset \sqsubset SNx$$

Lectura: Si es el caso que el término x forma parte de la norma N y forma parte también de la norma N' y que el significado de x en N' es S , y si no se dan las circunstancias $C1, C2... Cn$, entonces el significado del término x en la norma N es S .

Con la mención de $C1, C2...Cn$ hacemos alusión a aquellas circunstancias o razones que pueden operar en contra de la atribución del mismo significado a x en N y N' . Imaginemos, poniendo un supuesto muy simple, que en N' se establece un determinado trato legal para x y a continuación se añade que \sqsubset únicamente a los efectos de esta norma se entenderá por $x... \sqsubset$; o que se deriven significados distintos de x a partir de la diferente inserción topográfica de N y N' .

Así pues, la formalización del razonamiento completo de aplicación de este argumento sería:

$$\begin{array}{ll} (1) & (x) Nx \sqsubset OMx \\ (2)\text{def. } M: & \sqsubset(Nx \sqsubset N'x) \sqsubset \sqsubset(N'x = S) \sqsubset \sqsubset(C1, C2...Cn) \sqsubset \sqsubset SNx \\ (3) & Nh \sqsubset N'h \\ (4) & N'h = S \\ (5) & \sqsubset(C1, C2...Cn) \\ \hline (6) & OS \end{array}$$

Sobre la misma base podemos formalizar el supuesto en que se afirme que concurre alguna circunstancia de las que operan en contra de que se asigne al término h de la N el mismo significado que tiene en N' :

$$\begin{array}{ll} (1) & (x) Nx \sqsubset OMx \\ (2)\text{def. } M: & \sqsubset(Nx \sqsubset N'x) \sqsubset \sqsubset(N'x = S) \sqsubset \sqsubset(C1, C2...Cn) \sqsubset \sqsubset SNx \\ (3) & Nh \sqsubset N'h \\ (4) & N'h = S \\ (5) & C1 \vee C2 \vee ...Cn \\ \hline (6) & \sqsubset OS \end{array}$$

El esquema formal nos deja, nuevamente, apreciar qué premisas de ese razonamiento requieren un mayor esfuerzo de justificación argumentativa. La premisa (3) es puramente empírica y no presenta problemas su acreditación. La dificultad se sitúa en las premisas (4) y (5).

Respecto de (4), estamos ante la atribución de un significado a un término de una norma, es decir, ante una interpretación que va a servir de base para otra interpretación. Por así decir, este argumento que analizamos consiste en sostener que, salvo razones en contra, a un término de la norma que interpretamos (N) se le debe asignar el mismo significado que a ese término se le da en otra norma ya interpretada (N'). De este modo, la solución del problema interpretativo que plantea N se apoya en la previa solución del problema interpretativo que plantea N' . En consecuencia, es argumentativamente crucial en este argumento el mostrar con buenas razones por qué a h en N' se le

atribuye precisamente el significado S y no otro, con lo que no será raro que haya que echar mano de argumentos interpretativos que sustenten la interpretación S de N'. Esa labor se puede ver facilitada en el caso, por ejemplo, de que en N' se contenga una interpretación legal de h.

En cuanto a (5), la carga de la argumentación exigente, sobre la base de la presunción de consistencia lingüística del legislador que hemos mencionado, y que funciona como principio interpretativo, se da especialmente en el caso del último esquema que recogíamos, es decir, cuando se alega que la concurrencia de ciertas circunstancias o razones hace inapropiado dar a h en N el mismo significado que posee en N'. Tales circunstancias o razones habrán de acreditarse en concreto, no bastando la mención genérica.

B) Una **segunda variante** aparece cuando el dato contextual que se toma en cuenta para asignar significado a una norma es las **referencias que a la misma materia** que se regula en esta norma que se interpretan se hagan en otras normas del sistema. Esto es, que si se trata de interpretar la norma N que regula la materia M, se ha de tomar en consideración lo que sobre la misma materia M se diga también en otras normas que la regulen (N', N''...). Es en esta variante donde la exigencia de sistematicidad del derecho se deja ver con más fuerza como sustrato de un argumento interpretativo. En este caso se presupone un principio de coherencia material del ordenamiento (no de mera consistencia lingüística del legislador, como en la variante anterior).

Un ejemplo. Supongamos que en la norma N se hace referencia a un contrato C y que para resolver un concreto caso de aplicación de N se suscita la duda de si C es un contrato gratuito u oneroso. Y supongamos que en N' sin mencionar en ningún momento el contrato C (no se usa el término que lo denomina, por tanto) se regulan los caracteres genéricos de los contratos onerosos, de modo tal que C encaja perfectamente dentro de esos caracteres.

Podemos intentar formalizar así la regla que conforma la premisa primera del argumento:

$$(x) \square (Tx \square (\text{RegM} \square Sx) \square \square OSx$$

Lectura: para todo x, si x es un término legal perteneciente a un cuerpo legal T y de la regulación de la materia M se deriva el significado S del término x, entonces es obligatorio el significado S de x.

Hemos de especificar qué significa RegM. Con esa variable hacemos alusión al conjunto de normas que regulan la materia M. Podemos, pues, definir así RegM:

$$\text{Def. RegM} = N^{1M} \square N^{2M} \square \dots N^{nM}$$

Es decir, la regulación de la materia M (RegM) la componen el número n de normas que regulan dicha materia.

Si en la fórmula del argumento sustituimos RegM por su definición, nos queda

$$(x) \square \square Tx \square (N^{1M} \square N^{2M} \square \dots N^{nM}) \square \square Sx \square \square OSx$$

Pongamos ahora que el término h es un término legal T, en cuanto forma parte de la norma N^{1M} , es decir, de una de las normas que regulan la materia M. Representaremos esa situación como $N^{1M}h$. La duda interpretativa se manifiesta en que ese término h de N^{1M} puede tener varios significados:

$$N^{1M}h \square S^i h \vee S^{ii} h \vee \dots S^n h$$

Si de la consideración conjunta de las normas N^{nM} que regulan la materia M resulta el significado $S^i h$, ése es el significado debido según este argumento. Representemos, pues, el argumento al completo:

$$(1) (x) \square (Tx \square (\text{RegM} \square Sx) \square \square OSx$$

- (2) Def. RegM = $N^{1M} \sqcup N^{2M} \sqcup \dots N^{nM}$
 (3) $N^{1M}h \sqcup S^i h \vee S^{ii} h \vee \dots S^n h$
 (4) $(N^{1M}h \sqcup N^{2M} \sqcup N^{3M}) \sqcup S^i h$

(5) $OS^i h$

La premisa (3) se limita a mostrar cuáles son los significados posibles y cómo el que luego resultará es uno de los significados posibles. La premisa (4) es la que requerirá un considerable esfuerzo argumentativo, pues habrá a su vez que fundamentar su resultado, es decir, dar ulteriores razones de por qué de la consideración conjunta de todas o algunas de las normas que regulan la materia en cuestión se desprende como apropiado o necesario precisamente ese significado que se señala. Las razones ahí pertinentes pueden ser múltiples y de diverso tipo. Pero siempre tendrá que haber alguna que se pueda invocar razonablemente en favor de ese resultado interpretativo. Ahí habrá que encontrar apoyo en algún otro argumento interpretativo. Por eso podemos pensar que este argumento de interpretación sistemática en sentido propio es de aquellos que tienen siempre que ir complementados con otros argumentos, es decir, que su esquema necesita subesquemas, subrazonamientos interpretativos. La premisa (4) tiene que justificarse con un subrazonamiento interpretativo en el que se haga uso de un argumento interpretativo, ya sea el literal, el finalista o cualquier otro²¹².

3.3.4. \square Argumento principialista?

Con cierta frecuencia se sostiene que la interpretación de las normas puede realizarse a partir de ciertos principios. Es decir

- (x) $Tx \sqcup OSP$

siendo P un principio.

Siempre que P sea una noma del correspondiente sistema jurídico, es decir, que esté recogido, formulado en una norma de ese sistema, estaríamos ante un argumento sistemático en sentido propio, posiblemente en su segunda variante. Basta con que en el esquema que ya conocemos

- (1) \square
 $N \sqcup S \vee S' \sqcup (N \sqcup N' \sqcup S) \sqcup \square OS$
 (2) $n \sqcup S \vee S'$
 (3) $n \sqcup n' \sqcup S$

(4) OS

entendamos que n' es una norma de principio.

²¹² Para el examen de un caso práctico, vid. \square apéndice AS \square

La peculiaridad deriva a menudo de dos cuestiones: que se suele asignar a los principios un papel o importancia superior al resto de las normas y que las normas que recogen los principios suelen poseer un grado de indeterminación muy elevado. En consecuencia, el esfuerzo argumentativo que se requiere para justificar que a la norma que interpretamos le viene un cierto significado si la ponemos en relación con esa otra norma que recoge un principio -para justificar (3), por tanto es mucho mayor, si se quiere evitar la impresión de estar realizando una interpretación arbitraria.

Análisis del argumento de interpretación sistemática en la STC 194/1989, de 16 de noviembre.

En dicha sentencia se plantea un recurso de amparo interpuesto por un cabo primero de la Guardia Civil con ocasión de una Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil que lo sanciona como autor de una "falta grave consistente en hacer peticiones contrarias a la disciplina", falta prevista en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Una de las cuestiones, la que aquí interesa, que se suscita en el recurso es la de si es posible imponer a un miembro de la Guardia Civil una sanción prevista en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, lo cual presupondría que la Guardia Civil sería parte de las Fuerzas Armadas. El recurrente alega la improcedencia de la sanción sobre la base de negar, precisamente, que la Guardia Civil sea parte de las Fuerzas Armadas. En suma, "el punto en el que se produce la divergencia es el de la naturaleza militar de la Guardia Civil" (FJ 3). "¿Qué datos maneja el TC para responder a esa cuestión? Los siguientes (todos en FJ 3):

- La Constitución nada dice al respecto. Con ese silencio, según el TC, quedan abiertas distintas posibilidades, igualmente constitucionales, al legislador.

- El legislador ha elegido una de esas vías posibles, la de incluir a la Guardia Civil entre la Fuerza y Cuerpos de Seguridad, pero con un régimen estatutario peculiar derivado de su definición como "Instituto armado de naturaleza militar", a tenor de los arts. 9 b, 13 y 15 de la LO 2/1986.

- Cuál será su régimen disciplinario? El TC comienza, en el FJ 4, aclarando que nada hay de inconstitucional en que el legislador pueda someter a la Guardia Civil al régimen disciplinario militar.

Y aquí llegamos al núcleo de la cuestión que se va a responder con un argumento sistemático. En ningún momento ninguna ley establece taxativa y literalmente que el régimen disciplinario de la Guardia Civil sea el régimen militar. Tampoco la LO 2/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas dice expresamente que sus régimen sancionador se aplique a los miembros de la Guardia Civil²¹³.

²¹³ El ámbito subjetivo de dicha ley queda definido así en la misma:

Artículo 3. Están sujetos a lo dispuesto en la presente Ley los militares profesionales comprendidos en cualesquiera de las situaciones que integran las de actividad y las de reserva con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica.

A los militares no profesionales les será de aplicación mientras se encuentren en situación de actividad o servicio en filas.

A tenor de este artículo, por tanto, la cuestión referida a la Guardia Civil queda abierta y se trata de saber si sus miembros son o no, a estos efectos, "militares".

El TC va a acoger la tesis de que a los efectos de esta Ley disciplinaria los guardias civiles sí son militares y que el régimen que la misma dispone les es de plena aplicación, y esta opción interpretativa la va a basar en los siguientes datos normativos, que componen un argumento sistemático: □ Y es que ciertamente así se desprende (...) de los artículos 5□, 19.2, 21, 22 y 29 de la LO 2/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas□²¹⁴ (FJ 4). Sistematicemos los datos relevantes contenidos en dichos preceptos:

²¹⁴LO 2/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Artículo 5. La facultad de sancionar por vía disciplinaria en las Fuerzas Armadas se atribuye al Ministro de Defensa, Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, Subsecretario de Defensa, Director general de la Guardia Civil y a las demás Autoridades y Mandos a quienes por su función o cargo corresponda, según lo regulado en la presente Ley.

□ Artículo 19. Tienen potestad para imponer sanciones al personal a sus órdenes:

1. El Ministro de Defensa.
2. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el Subsecretario de Defensa y el **Director general de la Guardia Civil**.
3. Los Oficiales Generales Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima y Región o Mando Aéreo, el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, el Comandante General de la Flota, los Comandantes de Mandos Unificados o Especificados y el Subdirector general de la Guardia Civil.
4. Los Oficiales Generales que ejerzan mando de Unidad o desempeñen Jefatura o Dirección de Organismo o Centro.
5. Los Jefes o Comandantes de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar y los Directores o Jefes de Centro u Organismo.
6. Los Jefes de Batallón, Grupo, Escuadrón Aéreo o Unidad similar.
7. Los Jefes de Compañía o Unidad similar.
8. Los Jefes de Sección o Unidad similar.
9. Los Jefes de Pelotón o Unidad similar.

Artículo 21. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el Subsecretario de Defensa y el **Director general de la Guardia Civil** podrán imponer, en el ámbito de sus respectivas competencias, las sanciones de reprensión, arresto de uno a treinta días, arresto de un mes y un día a tres meses y pérdida de destino.

Artículo 22. Los Oficiales Generales Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima o Región o Mando Aéreo, el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, el Comandante General de la Flota, los Comandantes de los Mandos Unificados o Especificados y el **Subdirector general de la Guardia Civil**, podrán sancionar a los Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que estén a sus órdenes, con reprensión, arresto de uno a treinta días y arresto de un mes y un día a tres meses, y a las Clases de Tropa y Marinería, en igual caso, con reprensión, arresto de uno a treinta días y arresto de un mes y un día a tres meses.

Artículo 29. Las faltas disciplinarias cometidas por Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que se encuentren en situaciones militares de actividad o reserva en que no se ocupe destino serán sancionados por los Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Región o Mando Aéreo o el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina en cuyas demarcaciones se cometió la falta, o en su caso, por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo o **Director general de la Guardia Civil**. Igualmente dicha competencia podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa.

- Art. 5: uno de los titulares de □La facultad de sancionar por vía disciplinaria en las Fuerzas Armadas□ es el Director General de la Guardia Civil.
- Art. 19.2: El Director General de la Guardia Civil tiene potestad para imponer sanciones al personal a sus órdenes.
- Art. 21: Establece el margen de las sanciones que podrá imponer el Director General de la Guardia Civil.
- Art. 22: Establece lo mismo para el Subdirector General de la Guardia Civil.
- Art. 29: □Las faltas disciplinarias cometidas por Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que se encuentren en situaciones militares de actividad o reserva en que no se ocupe destino serán sancionados por los Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Región o Mando Aéreo o el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina en cuyas demarcaciones se cometió la falta, o en su caso, por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo o **Director general de la Guardia Civil**. Igualmente dicha competencia podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa□.

De la consideración conjunta de todos los datos normativos anteriores, de lo establecido en todas esas disposiciones, deriva el TC la respuesta afirmativa a la cuestión de si los guardias civiles son militares a los efectos de la aplicación de dicho régimen sancionatorio. Existirían argumentos interpretativos para discutir esto, es decir, las interpretaciones posibles eran también otras, como se comprueba en los argumentos interpretativos de al demanda, pero el TC considera que las razones contenidas en este argumento sistemático son más fuertes que las que pueden avalar otras opciones interpretativas de las posibles.

Por detrás de este argumento interpretativo del TC se halla la idea de coherencia sistemática del legislador, que queda de relieve con sólo plantearse la siguiente pregunta: □qué sentido tendrían las menciones que en ese artículo se hacen a la posibilidad de que la Dirección de la Guardia Civil imponga sanciones al personal bajo su mando si a este personal no se le aplicase la ley disciplinaria en que se contienen dichas menciones?

Ahora apliquemos el esquema formal de esta variante (la B) del argumento sistemático al análisis de esta Sentencia. La estructura general del argumento, recordemos, es:

(x) □(Tx □ (RegM □ Sx)□ □ OSx

Para que el argumento funcione necesitaremos, por tanto, un término legal x perteneciente al cuerpo legal T y una serie de normas que regulen la misma materia que la norma en que aparece el término x, de modo que de la consideración conjunta de esas normas o parte de ellas se desprenda un significado Sx.

La duda interpretativa surge a propósito del término □militares□ del art. 3, cuyo contenido antes recogimos, de modo que se pueda saber si con tal término quedan designados o no los guardias civiles. Las normas que regulan la materia de modo relevante para resolver esta duda interpretativa son, además del mencionado art. 3, los arts. 5, 19.2, 21, 22 y 29; por tanto, seis normas en total. Las representaremos respectivamente como N^{1M}, N^{2M}, N^{3M}, N^{4M}, N^{5M} y N^{6M}.

En consecuencia

RegM = N^{1M} □ N^{2M} □ N^{3M} □ N^{4M} □ N^{5M} □ N^{6M}

Si es h el término □militares□ del art. 3 y éste es N^{1M}, lo representamos como N^{1Mh}.

El interrogante es si el término □militares□ abarca o no a los guardias civiles, con lo que las alternativas interpretativas aquí son dos, la respuesta afirmativa y la negativa. Por tanto:

N^{1Mh} □ S^{1h} v S^{1h}

Tenemos ya todos los elementos para rellenar el esquema del razonamiento interpretativo correspondiente a la aplicación de este argumento:

(1) (x) □(Tx □ (RegM □ Sx)□ □ OSx

(2) RegM = N^{1M} □ N^{2M} □ N^{3M} □ N^{4M} □ N^{5M} □ N^{6M}

(3) N^{1Mh} □ S^{1h} v S^{1h}

(4) (N^{1Mh} □ N^{2M} □ N^{3M} □ N^{4M} □ N^{5M} □ N^{6M}) □ S^{1h}

Planteémonos ahora las dos preguntas habituales. ¿Es lógicamente correcto este argumento del TC? Parece claro que sí. ¿Es materialmente suficiente al argumentación? Es decir, ¿está bien justificada desde el punto de vista de la justificación externa? La respuesta afirmativa presupone tres cosas: 1°) que la enumeración contenida en (2) sea correcta, es decir, que todas las normas que se invocan como pertinentes en la materia realmente lo sean y que estén en la enumeración todas las que realmente lo sean; 2°) que la premisa (3) es correcta, en cuanto que sólo caben dos significados posibles de *n* en lo que importa. Parece claro que así es, pues a los efectos que cuentan en aquella situación legal o se aplica a los guardias civiles el régimen disciplinario de los militares o no se les aplica. Y 3°), capital, que la premisa (4) sea convincente. A este respecto el TC no se detiene a explicitar por qué el significado en cuestión se deriva de las referidas disposiciones. Una tal ausencia de explicación o justificación sólo es argumentativamente admisible cuando estemos ante evidencias de tal grado que todo argumento ulterior resulte ocioso o redundante. Posiblemente tal sea el caso en esta ocasión. Por tanto parece que sí se puede considerar bien utilizado aquí el argumento interpretativo sistemático.

Más argumentos sistemáticos fáciles de analizar:

- En la STC 227/1988 se contienen varios. Uno de ellos queda reflejado en el siguiente párrafo:

La Constitución sanciona una garantía de la propiedad y de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (art. 33). Pero esta garantía no es absoluta, ya que el art. 128.1 establece que □ toda la riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al interés general □, y, por lo que aquí interesa, el art. 45.2 impone a los poderes públicos el deber de velar □ por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva □. De una interpretación sistemática de estos preceptos no cabe derivar la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual. Más en concreto, la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes. Antes bien, el art. 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros. Conforme a esta previsión constitucional, la opción de incluir las aguas continentales en el dominio público es legítima en todo caso.

- STC 142/88

Véase el siguiente párrafo de esta sentencia (conviene mirar el resto):

Realmente, la simple lectura del artículo transcrito no permite tan radicales conclusiones, sino que, por el contrario, admite sin dificultad una interpretación conforme con la Constitución y con los preceptos del Estatuto que desarrolla. Equiparar el término □ supervisión □, que utiliza el precepto en sus núms. 1 y 2 al referirse a la Administración Autónoma y a los entes locales aragoneses, con la expresión □ dirigirse a □ que emplea el núm. 3 para □ cualquier otra Administración con sede en la Comunidad Autónoma □, es contrario al sentido gramatical de las palabras, a la interpretación sistemática del propio precepto y de la Ley en su conjunto, y al criterio hermenéutico reiterado por este Tribunal y recogido por el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL_1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), de interpretar y aplicar las normas según los preceptos y principios constitucionales.

Pues bien, como sostienen en sus escritos los representantes de las Cortes de Aragón y de la Diputación General, interpretando el núm. 3 del art. 2 de la Ley impugnada □ según el sentido propio de sus palabras □ (art. 3.1 del Código Civil), **no puede atribuirse al término utilizado □ dirigirse a □ más de lo que él mismo significa y deducir de él un sometimiento de la Administración del Estado a la supervisión del Justicia de Aragón. El precepto se limita a autorizar o hacer posible que el Justicia se ponga en comunicación con cualquier órgano o dependencia de las Administraciones presentes en la Comunidad Autónoma, bien a efectos de solicitar de ellas la información o ayuda que puedan resultar necesarias para el desempeño de la función que le atribuye el apartado a) del art. 33.1 del E. A. A. -□ la protección y defensa de los derechos individuales y colectivos reconocidos en este Estatuto □-, respecto de la Administración que está colocada bajo su supervisión; o bien para el cumplimiento de las otras misiones que se le asignan en los apartados b) y c) del mismo precepto: La tutela del ordenamiento jurídico aragonés y la defensa del Estatuto. Funciones todas recogidas en el art. 1 de la Ley impugnada. Los organismos o personas a quienes se dirija el Justicia, en virtud de lo dispuesto en el art. 2.3, le prestarán o facilitarán tal información o auxilio en función de las normas que les sean aplicables, pero no, ciertamente, como consecuencia de este precepto de la Ley impugnada, que no establece la subordinación de todas las Administraciones presentes en la Comunidad Autónoma a la Supervisión del Justicia de Aragón, ni impone obligación alguna para tales Administraciones.**

Y si esto es lo que gramaticalmente se deduce del propio apartado 3 del art. 2, esta interpretación se confirma sin género de duda si se recurre a una interpretación sistemática del mismo, tanto en relación con los dos primeros apartados del art. 2, como en relación con otros preceptos de la Ley impugnada y con su Exposición de Motivos. Así, frente a la dicción de los dos primeros apartados, en los que claramente se establece que el Justicia ☐podrá supervisar☐ la actuación de la Administración de la Comunidad (ap. 1) y la de los entes locales aragoneses en lo que afecte a ciertas materias (ap. 2), en el ahora discutido se dice simplemente que el Justicia ☐podrá dirigirse☐ a todo funcionario un órgano de cualquier Administración presente en la Comunidad. Es evidente, por lo demás, que si este inciso implicase la capacidad de supervisión sobre todas las dependencias administrativas de cualquier Administración residenciadas en la Comunidad Autónoma, los dos primeros apartados resultarían prácticamente innecesarios, e innecesario sería también el art. 5, que al referirse a la *obligación de auxilio*, lo hace con referencia a ☐los órganos y entes sujetos a la supervisión del Justicia☐.

Si a lo expuesto se añade lo que indica el párrafo cuarto de la Exposición de Motivos, que circunscribe la competencia del Justicia a las actuaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma y de los entes locales en las materias transferidas a la Comunidad, y a la voluntad de la Ley que señala el párrafo sexto respecto de sus actuaciones ☐de no interferir en las competencias de otros poderes públicos, sean o no aragoneses☐, habrá de concluirse que, frente a lo afirmado por el Letrado del Estado, no es inconstitucional el art. 2.3 de la Ley impugnada.

Este puede ser un magnífico ejemplo de otra variante o reverso negativo de la interpretación sistemática, basada en la presunción de consistencia lingüística del legislador: cuando un mismo cuerpo legal utiliza dos expresiones diferentes que no sean perfectamente sinónimas, hay que entender, salvo ☐prueba☐ en contrario, que lo hace para referirse dos cosas también diferentes.

- Otro ejemplo bastante majo: STC 95/1988, fj4:

4.Si, como ya se ha indicado, se acepta la pertinencia del juicio de relevancia efectuado por la Sala de la Audiencia Provincial, a partir de la operación interpretativa que le lleva a determinar que la norma competencial aplicable al supuesto de autos es el Real Decreto-Ley 19/1979, que amplió las competencias de la Audiencia Nacional, no es posible esquivar el juicio de constitucionalidad propuesto por dicha Sala. Es necesario, por tanto, pronunciarse sobre si la incorporación que efectúa su art. 1 de determinados delitos a las competencias de la Audiencia Nacional (ampliación competencial de la que según el juicio de relevancia realizado por la Sala depende la resolución de la declinatoria), es inconstitucional por poseer una categoría normativa inadecuada para su objeto como consecuencia de lo preceptuado en los arts. 24.2 y 86.1 de la Constitución.

La cuestión, por tanto, versa en este aspecto sobre el tema -de que ya ha debido ocuparse este Tribunal en otras ocasiones [así SSTC 29/1982, de 31 de mayo (RTC_1982\29), 111/1983, de 2 de diciembre (RTC_1983\111); 3/1988, de 21 de enero (RTC_1988\3)]- de los límites constitucionales a la normativa mediante Decreto-Ley, que resultan del art. 86 C.E. En este caso concreto ha de partirse de que el derecho reconocido en el art. 24.2 C. E. es al Juez ordinario □predeterminado por la ley□, y a este respecto ha de recordarse que ese Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar el significado y alcance de esa remisión a la ley. Por una parte, en el sentido de que **la predeterminación por ley significa la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de Jueces ad hoc** -STC 101/1984, de 8 de noviembre, fundamento jurídico 4.□; STC 199/1987, de 16 de diciembre, fundamento jurídico 8.□ (RTC_1987\199)-. Por otro lado, y en relación con el rango de la norma en que han de contenerse dichos criterios generales, el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender que se trata de ley en sentido estricto, como resulta tanto de la dicción literal del precepto como de su interpretación sistemática. Así en la STC 101/1984, de 8 de noviembre, este Tribunal afirmó que □**la referencia del art. 24.2 a la Ley, coherente con lo también dispuesto en los arts. 53.1 y 86.1 de la Constitución, exige que el vehículo normativo para determinar cuál será el Juez del caso es la ley en sentido estricto**□ y ello porque, según se indicaba en la mencionada Sentencia, □**la interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado** -STC 47/1983, de 31 de mayo, fundamento jurídico 2.□, *in fine* (RTC_1983\47)-, **radica en la ley**□ (STC 101/1984, fundamento jurídico 4.□): **La referencia expresa a la ley que lleva a cabo el art. 24.2 C. E., se corresponde así con la reserva de ley que efectúa el art. 53.1, y la reserva similar contenida en el art. 117.3, y refleja, en relación con la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, una exclusión de otras normas -Decretos-leyes o disposiciones de carácter reglamentario- distintas de la ley en sentido estricto, por cuanto que ésta se configura como la garantía de la independencia e imparcialidad judicial.**

Al integrar el contenido del derecho en cuestión la predeterminación por ley del Juez competente, es claro que la intervención del Decreto-Ley en este aspecto supone, no sólo una afectación de ese derecho prohibida por el art. 86.1 C.E., sino su misma negación, al excluir un aspecto esencial del mismo, como es la cualidad de ley formal de la norma que establezca los criterios fundamentales para la determinación de cuál sea el Juez competente. Lo que implica la exclusión del Decreto-Ley, y en conclusión, la inconstitucionalidad del art. 1 del Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre, en lo que respecta al inciso cuestionado, en cuanto amplía las competencias de la Audiencia Nacional en relación con los delitos comprendidos en el Capítulo I del Título I del Libro II del Código Penal.

I. Herramientas y definiciones

Comenzaré por explicitar la concepción del derecho y de su interpretación a la que me adscribo. Seguidamente precisaré algunos de los términos o expresiones de los que me valdré a lo largo de estas páginas.

Me sumo a la que llamo concepción lingüística del derecho. Es aquella que ve el derecho como un conjunto de enunciados dotados de significado (más o menos determinado) y provenientes de ciertas instancias o fuentes “reconocidas” como productoras de normas por el propio ordenamiento jurídico y, en última instancia, por la sociedad de que se trate.

El significado de esos enunciados señala los límites externos o el marco de lo que en derecho puede establecerse en cada momento. Cuando estemos ante un Estado de Derecho constitucional y democrático y que mínimamente funcione como tal, añadido que esos significados ponen el límite externo o marco de lo que en derecho puede *legítimamente* establecerse en cada momento.

Que la materia prima del derecho sean enunciados no significa ni que esos enunciados tengan que ser perfectamente exentos de indeterminación semántica ni que, por tanto, no haya nada que añadir a esa materia prima a efectos de resolver los casos en sede de enjuiciamiento judicial. Y tampoco quiere decirse que dichos enunciados cubran todos los casos posibles. El conjunto de esos enunciados válidos y/o aplicables (no es ése el asunto aquí y podemos evitarnos los matices) ni resuelve todos los casos ni los resuelve unívocamente y con plena determinación. Lo que la concepción que defiendo sostiene es tan sólo que no es aplicación del derecho²¹⁵ la resolución de un caso contra lo dispuesto en lo que de determinado haya en un enunciado jurídico positivo válido y/o aplicable. Por tanto, vulnerar un enunciado jurídico positivo (es decir, decidir lo que según su semántica -en conjunción con la sintaxis y la pragmática, por supuesto-) en nombre de cualesquiera otros valores, principios, reglas de otros sistemas -moral, religión..., cálculos, etc. no es aplicar derecho ni decidir en derecho²¹⁶.

Puesto que la inmensa mayoría de los enunciados legales no son ni totalmente determinados ni totalmente indeterminados, es posibles atribuirles más de uno y menos de infinitos significados. Más cuanto más indeterminados, menos cuanto menos indeterminados. Pero al que no sea totalmente indeterminado no se le puede atribuir cualquier significado. La frontera de los significados posibles la marca la semántica. Puede ser una frontera un poco permeable, pero hay frontera. Si de hecho se correlaciona con un enunciado un significado que desdice totalmente de su semántica, no se está interpretando, se estará haciendo cualquier otra cosa, que se puede llamar como se quiera. Y si luego ese significado se aplica a la resolución de un caso, no cabe decir con propiedad que se ha aplicado aquel enunciado legal así interpretado. Se ha aplicado un enunciado inventado gratuitamente para el caso.

Por tanto de todo enunciado legal caben varias *interpretaciones posibles*: tantas como no sean incompatibles con su semántica.

La teoría normativa de la interpretación jurídica intenta dar criterios (métodos, cánones) para dirigir la elección entre las interpretaciones posibles. Aquí los llamaré *argumentos interpretativos*. En cada momento y cada cultura jurídica está sustancialmente acotada la lista de los *argumentos interpretativos admisibles*, que quedan, así, diferenciados frente a otros posibles pero no admisibles. Los argumentos interpretativos admisibles lo son por su habitualidad (son tópicos, en el sentido de Viehweg) y por su sustrato valorativo, es decir por ser susceptibles de justificación con base en algún valor que se considera esencial para el sistema jurídico y jurídico-político.

²¹⁵ Y que en un Estado de Derecho no es, además, legítimo proceder así.

²¹⁶ Y, además, en un Estado de Derecho es ilegítimo.

La utilización de un argumento interpretativo admisible da lugar a una *interpretación justificada*. Una interpretación justificada es aquella que se apoya en un argumento interpretativo admisible y bien utilizado en el caso. Un argumento interpretativo admisible está bien utilizado cuando se dan en su uso las siguientes condiciones: i) Los datos que se invocan son pertinentes; ii) los datos que se invocan son verdaderos, o, si son de tal tipo que su verdad no puede demostrarse, verosímiles o probables; y iii) sus datos o premisas demostrables se saturan hasta donde sea razonablemente posible.

Puede ocurrir, y así es a menudo, que las interpretaciones justificadas sean varias. En ese caso se necesitan pautas o directivas de un grado más alto para dirimir la elección entre las interpretaciones justificadas. Aquí es donde entran en juego las que llamaré *reglas interpretativas*.

Reglas interpretativas son las que sirven o bien para eliminar interpretaciones posibles (que pueden ser también interpretaciones justificadas), en cuyo caso son reglas interpretativas negativas, o para establecer preferencias entre interpretaciones posibles (que pueden ser también interpretaciones justificadas), en cuyo caso se trata de reglas interpretativas positivas. En suma, las reglas de interpretación dirimen elecciones entre interpretaciones (justificadas) posibles.

Algunos de los que suelen ser recogidos como cánones de la interpretación pertenecen a este conjunto de las que llamamos reglas de la interpretación. Por tanto, dentro de los cánones o criterios de interpretación estamos diferenciando entre argumentos interpretativos y reglas interpretativas. Ambos tienen que ser admisibles en el sentido que dijimos antes para los argumentos. La admisibilidad de las reglas deriva, igualmente, de su habitualidad (tópicos) y de su sustrato valorativo, es decir, su servicio o funcionalidad para valores o bienes que se consideran consustanciales de nuestros ordenamientos jurídicos.

Con base en lo anterior, partimos de las siguientes reglas de la interpretación, esenciales a nuestra concepción del derecho y su práctica pero que no puedo justificar aquí más extensamente:

R.1: *El intérprete debe elegir una interpretación de entre las posibles.*

R.2: *El intérprete debe elegir, de entre las posibles, la/una interpretación que esté justificada.*

R.3: i) *El intérprete debe elegir, de entre las interpretaciones posibles, la/una que esté justificada y que no quede excluida por una regla interpretativa negativa.*

ii) *El intérprete debe dar preferencia a la(s) interpretación(es) posible(s) que esté(n) respaldada(s) por una regla interpretativa positiva.*

En lo que sigue me referiré al juego del argumento teleológico, por un lado, y de la regla interpretativa positiva de maximización de las consecuencias positivas, por otro.

II. El argumento teleológico.

El argumento teleológico tiene dos variantes, teleológico-subjetiva y teleológico objetiva.

Definición del argumento teleológico-subjetivo: está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines) que con ellos quiso su autor.

Definición de argumento teleológico-objetivo: está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines) que una persona razonable hoy querría lograr al formular tales enunciados.

Los resultados de aplicar una u otra de esas dos variantes pueden ser coincidentes o divergentes. Es fácil que coincidan cuando la norma es reciente y democráticamente creada; pueden no coincidir cuando faltan esas dos notas.

La estructura de ambas variantes del argumento es idéntica (al menos en lo que aquí nos importa), aunque sean diversos los datos con que hayan de rellenarse los apartados de esa estructura argumentativa. Esa estructura común puede describirse así²¹⁷:

²¹⁷ Cabría plantearlo en términos negativos, como hacen Koch y Rüssmann. Su esquema de este argumento, adaptado a nuestros términos, quedaría así (vid. Koch/Rüssmann, p. 216).

- (1) OFn
- (2) $\neg S_n \rightarrow \neg F_n$
- (3) OSn

Si el significado S de un enunciado legal permite (en la mejor medida posible) el cumplimiento del fin de dicho enunciado, está justificado asignarle ese significado S.

Esto es:

$$[Fn \wedge (Sn \rightarrow Fn)] \rightarrow JSn$$

El empleo racional de este argumento requiere la justificación suficiente de las dos aseveraciones que componen su antecedente: que el fin de n es F (Fn) y la implicación entre el significado S y el cumplimiento de dicho fin ($Sn \rightarrow Fn$).

i) La atribución a n del fin F, y no por ejemplo del fin F', F''... Fⁿ.

El tipo de justificación requerido depende de la variante del argumento que se esté utilizando.

Cuando se trata del teleológico-subjetivo serían de enunciados históricos. El esquema del enunciado finalístico aquí es: “el legislador L quiso para la norma n el fin F”. La adecuada justificación de dichos enunciados (y con ello de la primera parte del argumento) requiere que a) dichos enunciados existan; b) que sean expresamente fundados en datos coherentes y suficientes; c) que esos datos sean verdaderos o, al menos, que no se demuestre su falsedad.

Cuando se trata de la variante teleológico-objetiva este asunto es aún más complicado, pues pueden mezclarse enunciados normativos y empíricos, dependiendo de los matices o variaciones con que, a su vez, este argumento teleológico suele aparecer. Tomemos sólo dos de sus modelos más usuales:

a) A veces se caracteriza diciendo que el fin que debe guiar la interpretación de los enunciados legales es el de que una determinada sociedad, a día de hoy, unánime o mayoritariamente les daría. Por tanto, el esquema aquí es: “Esta sociedad S quiere para la norma n el fin F”. Aquí se trata de afirmaciones empíricas que tienen que estar sostenidas por los correspondientes datos o indicios suficientemente acreditados; el esfuerzo demostrativo de la verdad de esos datos tendrá que ser tanto mayor cuanto menor sea la evidencia de la verdad de lo afirmado. No es igual de evidente afirmar “en esta sociedad todos aspiran a tener una buena vivienda” que afirmar “en esta sociedad todos son partidarios de que el Estado subvencione las confesiones religiosas”.

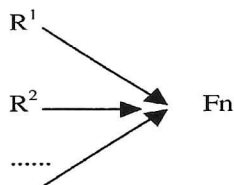
b) Otras veces se caracteriza diciendo que el fin que debe guiar la interpretación de los enunciados legales es el que una (cualquier) persona razonable les daría. En la medida en que el sujeto al que se imputa esa preferencia entre fines no es un sujeto real y empírico, sino uno hipotético y construido con datos normativos, resulta crucial la fundamentación que se proponga para estos últimos. Es decir, se parte de una definición de sujeto razonable (o cualquier sinónimo) y habrá que justificar de modo suficiente y suficientemente convincente los datos de esa definición. No es lo mismo definir como sujeto razonable, a estos efectos, al que posee una psicología propia de adulto que al que respeta las reglas de un determinado sistema moral. Cuando esto último ocurriera estaríamos ante el tan frecuente uso del argumento teleológico-objetivo para la imposición dogmática y camuflada de un determinado código moral con pretensiones de “objetividad”.

Sea cual sea la variante, subjetiva u objetiva, quiere decirse que la afirmación Fn sólo estará justificada cuando en el razonamiento interpretativo que la contenga se expliciten las razones en que se apoya. Es una cuestión gradual: el argumento será tanto más fuerte (y la correspondiente interpretación resultante tanto más justificada) cuanto más y mejores (menos discutibles o dudosas) sean esas razones. Las mismas podrán ser empíricas (históricas, sociológicas, psicológicas...) o normativas (morales, políticas...). Sólo es prescindible sin daño de la racionalidad argumentativa la explicitación de aquella razón de total evidencia, indiscutible.

Podemos representarlo así:

$$(R_1 \ R^2 \ ... \ R^n) \rightarrow Fn$$

o así:



ii) En segundo lugar, el empleo racional de este argumento requiere la demostración o fundamentación suficiente de la implicación causal que contiene, la afirmación de que la aplicación de la norma n con el sentido S tiene como efecto o consecuencia el cumplimiento del fin F_n .

El pleno desarrollo argumentativo de ese extremo en el contexto de un razonamiento interpretativo en que se sopesen diversas interpretaciones posibles (y, en su caso, justificadas), supone algo más que el mero mostrar que de la aplicación de la norma n interpretada con el significado S se sigue la realización del fin F . Porque pudiera ocurrir que de otro significado S' se pudiera mostrar también que se sigue la realización del fin F , o incluso una realización en más alta medida.

Por tanto para la justificación racional del argumento interpretativo teleológico, es decir, para su correcto uso, tiene que quedar suficientemente claro y fundado que sólo la interpretación de n con el significado S permite la realización del fin F_n ; o que ese es el significado que permite una mejor realización de F_n . En consecuencia, es argumentativa y racionalmente deficiente el uso de este argumento con la mera justificación de que $S_n \rightarrow F_n$. Esto es condición necesaria, pero no suficiente. También se ha de acreditar que ninguna otra interpretación de S_n lleva a la realización de F_n .

Pongamos que las interpretaciones posibles en litigio sean S^1_n y S^2_n . Ha de quedar suficientemente justificado que:

- (1) $S^1_n \rightarrow F_n$
- (2) $S^2_n \rightarrow \neg F_n$

Si queremos ser aún más minuciosos y precisos debemos reparar en que los contenidos totales del razonamiento serían así (uso C por "consecuencia", en el sentido de efecto).

- (1) $S^1_n \rightarrow C$
- (2) $S^2_n \rightarrow C'$
- (3) $C \rightarrow F_n$
- (4) $C' \rightarrow \neg F_n$
- (5) $S^1_n \rightarrow F_n$

Son necesarios, pues, razonamientos de corte empírico, generalmente prospectivos o probabilísticos. Podemos establecer la siguiente regla para estos razonamientos en cuanto parte del correcto uso del argumento interpretativo teleológico:

Tendrán que ser tanto más y/o mejores las pruebas o indicios que expresamente se aporten en favor de la implicación causal entre S_n y F_n cuanto menos evidente o indiscutible sea dicha implicación.

El reverso de esta regla, o su complemento, es la exigencia de que en la misma medida tiene que quedar suficientemente justificado que dicho efecto de realización de F_n no se sigue (o no se sigue en tal medida) de $S^1_n \dots S^n_n$.

Estamos, pues, ante necesarios razonamientos de ponderación de consecuencias: muestran qué consecuencias se siguen de cada interpretación en litigio y, segundo paso, se justifica cuál de esas consecuencias se corresponde mejor con la realización del fin del enunciado legal interpretado²¹⁸.

III. La regla de maximización de las consecuencias positivas.

Puede darse también el caso de que el fin del enunciado legal se realice aplicándolo con distintos significados, si bien tal regulación acontecería en grado diverso por cada uno. Es decir, podríamos estar ante una situación como esta:

²¹⁸ Dejo de lado aquí el análisis de los casos en los que sean varios los fines que se han adscrito al enunciado legal, ya se trate de fines que se hayan de alcanzar alternativa o cumulativamente. No se me escapa que son los supuestos más complejos, pero considero que para ellos vale, con esa mayor complicación de análisis y argumentación, lo que en general afirmo.

$$S^1n \rightarrow Fn^{+1}$$

$$S^2n \rightarrow Fn^{+2}$$

$$S^3n \rightarrow Fn^{+3}$$

Parece bastante obvio que la *ratio* del argumento teleológico nos llevaría a todos a la preferencia de S^3n , es decir, de aquella interpretación que en más alta medida realiza el fin del enunciado legal. Las interpretaciones que satisficieran la definición del argumento interpretativo teleológico (está justificado dar a los enunciados legales el significado que permita la realización de su fin) son varias, pero preferimos una. ¿Por qué la preferimos? Porque aplicamos una regla de interpretación que podemos formular así: de entre las interpretaciones posibles *se debe* elegir la que lleve a las mejores consecuencias. Llamaré a esta regla interpretativa *regla interpretativa de maximización de las consecuencias positivas* (en adelante RMC). De la RMC sostendré en lo que sigue tres cosas: i) que es la *ratio* del argumento teleológico y donde tiene una aplicación más evidente; ii) que a la RMC se puede traducir, un tanto trivialmente, pero de modo útil a efectos analíticos, la *ratio* de todo argumento interpretativo; y iii) que la RMC no sólo constituye la *ratio* peculiar de cada argumento interpretativo, sino que conforma también, en un metanivel sobre los anteriores, la más importante directiva de segundo grado o regla directora de la interpretación entre interpretaciones posibles justificadas, es decir, de preferencia de una u otra interpretación en cada caso. Recordemos que los argumentos interpretativos justifican interpretaciones y las reglas interpretativas señalan preferencias o exclusiones entre las interpretaciones justificadas. Con ello veremos que, contrariamente a lo que se suele escribir, lo que la teoría de la interpretación necesita no es una jerarquización entre los argumentos interpretativos (cánones...), sino una regla con la que sentar su orden en cada caso. Tal sería la función de la RMC.

Vayamos por partes.

i) Todo argumento interpretativo admisible recibe esta última condición de su sustrato valorativo. Un argumento interpretativo es siempre un punto de vista, un criterio, una escala desde la que se ofrece una determinada referencia, pauta u óptica a cuyo tenor dar un significado a un enunciado legal. Un argumento interpretativo le dice al intérprete que puede atenerse a X a la hora de asignar un significado a la norma. Los distintos argumentos interpretativos se diferencian según lo que pongan en el lugar de X: lo que el legislador quiso decir, lo que el legislador quiso conseguir (fin), lo que es razonable querer conseguir o lo que la mayoría querría conseguir, etc., etc.

Pero en ninguna sociedad y en ninguna cultura jurídica se admite cualquier pauta al efecto, cualquier canon de todos los posibles e imaginables. Pensemos en un canon teológico que nos dijera que está justificado dar al enunciado legal el significado que sea acorde con la voluntad de dios. En otro tiempo pudo tener y tuvo (y en otros lugares tiene) plena vigencia y operatividad; entre nosotros, aquí y ahora, no lo contamos entre los argumentos interpretativos admisibles. ¿Por qué? Porque su sustrato valorativo, la razón por la que se considera bueno (que los preceptos humanos se atengan -o al menos no contradigan- la voluntad divina) es rechazable en nuestra cultura jurídica por incompatible con presupuestos valorativos básicos en nuestros sistemas jurídico-políticos, tales como el pluralismo, la libertad de conciencia e ideológica, la aconfesionalidad del Estado, etc.

Pensemos ahora en el argumento interpretativo teleológico. ¿Por qué es tenido por admisible? Creo que todos coincidiríamos en explicaciones muy parecidas al respecto. En su versión subjetiva se invoca el valor positivo de respeto al legislador, considerado el único o supremamente legitimado para dictar las pautas normativas de nuestra vida en común. En su versión objetiva se alude a cosas tales (según las subvariantes que antes señalamos, de entre las posibles) como el respeto al sentir de la sociedad en cada momento o a la racionalidad práctica de la institución jurídica.

Así pues, la *ratio* del argumento teleológico es que resulta bueno, deseable, que el fin de la norma se cumpla, por lo que dicho cumplimiento supone de realización del respectivo valor que funciona como sustrato del argumento (obediencia al legislador, a la sociedad...). Pues bien, si tal cumplimiento del fin es bueno, se presupone, al tiempo, que tal cumplimiento del fin debe darse en la mayor medida posible. Por tanto, y como ya sabemos, de entre todas las interpretaciones posibles se debe optar, en la aplicación del argumento teleológico, por la que tenga consecuencias que en medida mayor realicen dicho fin. Ahí está funcionando la RMC interna al argumento teleológico. Y así, como luego veremos, funciona en todos, pues a todos subyace la siguiente regla: es preferible siempre y en

todo caso la mayor realización de V, siendo V el valor o valores que conforman el sustrato valorativo del argumento.

Si llamamos Z a “la más alta posible realización del fin de la norma -Fn-” podemos representar así el juego aquí de RMC:

- (1) $[S^1n \rightarrow Fn^{+1}) \wedge (S^2n \rightarrow Fn^{+2}) \wedge (S^3n \rightarrow Fn^{+3})] \rightarrow OZ$
- (2) $F_n^3 = Z$
- (3) OZ

ii) La RMC opera en todo argumento interpretativo, pues todo argumento interpretativo tiene en su fondo un valor (o varios interrelacionados) y el presupuesto de que se debe optar, de entre todas las interpretaciones posibles que con ese argumento se pueden justificar, por la que suponga la realización mayor de ese valor. Pensemos en el argumento interpretativo sistemático, aunque sea sin entrar en grandes matices. El sustrato valorativo de este argumento, en todas sus variantes, alude siempre a los valores enlazados de coherencia lógica y consistencia lingüística. Pues bien, traduciendo al lenguaje de la RMC este argumento diríamos que de entre las interpretaciones que eviten incoherencias y/o inconsistencias se debe elegir aquella que maximice ese objetivo.

Un ejemplo sencillo. Pongamos que S^1n da lugar a una antinomia total-total con otra norma n' del sistema, que S^2n da lugar a una antinomia parcial-parcial con n' y que S^3n no da lugar a ninguna antinomia. En aplicación de la RMC el orden de preferencia que se debe imponer entre estas tres interpretaciones posibles es S^3, S^2, S^1 .

Vemos así que el llamado canon o argumento de interpretación lógico-sistemática, que dice que se debe optar por la interpretación, de las posibles, que mejor evite las antinomias con otra norma, no es en realidad un argumento sino una regla, y que, en realidad, es una subregla o aplicación parcial de la regla de RMC.

¿Cuál es la diferencia de este ejemplo de aplicación de RMC con su funcionamiento en el argumento teleológico? Que en este argumento sistemático la justificación argumentativa de las consecuencias que se derivan de cada interpretación y de cuál es la que mejor realiza el valor de fondo del argumento echará mano de argumentos lógicos y lingüísticos (semánticos, sintácticos, pragmáticos), mientras que en el argumento teleológico esas razones serán de índole principalmente empírica y, sobre todo, probabilística.

iii) La RMC funciona, además, como metaregla con la que dirimir la preferencia entre interpretaciones justificadas con distintos criterios. La doctrina repite siempre que distintos argumentos interpretativos o cánones pueden presentar como justificadas, respectivamente, distintas interpretaciones y que, además, cada uno de ellos puede dar lugar a varias interpretaciones justificadas. Esto último se evitará en muchos casos (no siempre) mediante la aplicación interna de RMC al respectivo canon, como acabamos de ver. Lo otro se puede solventar en muchos casos, no siempre, con la aplicación externa o como metaregla o regla de decisión interpretativa última de RMC. En esta función RMC podría enunciarse así:

De entre todas las interpretaciones posibles y justificadas se debe elegir aquella cuya aplicación tenga las mejores consecuencias.

Llamemos interpretaciones justificadas a $S^1 \dots S^n$ y M a la interpretación justificada que tiene las mejores consecuencias. Tenemos que:

$$(S^1 \wedge S^2 \wedge \dots S^n) \rightarrow OM$$

Todo esto suena perfectamente trivial si no añadimos rápidamente que el *quid* del asunto y la fuente de todas las divergencias se encuentra en el patrón de medida de las consecuencias. Al fin y al cabo, lo que hasta aquí vengo diciendo es que, una vez que asumimos qué es lo bueno, todos estaremos de acuerdo en que de lo bueno aquí cuanto más mejor. ¿Pero cómo sabemos lo que es bueno? En el caso de la aplicación interna de RMC a los distintos argumentos interpretativos admisibles se trabaja sobre la base de un consenso social muy firme y a tenor del cual poca discusión existe sobre que es bueno que se obedezca al legislador, que se salvaguarde la coherencia del sistema, que se garantice que las normas son eficientes para sus objetivos, etc. El problema, como es bien sabido, se torna mucho más serio cuando todos o algunos de esos valores chocan y hay que optar por una determinada interpretación de entre las que están, respectivamente, justificadas por unos u otros

de ellos. Se suele pensar, ya lo he dicho, que el problema debe resolverse, si es que se puede, mediante jerarquías estables de esos valores, lo que es tanto como decir, de los respectivos argumentos interpretativos. Así es como, por ejemplo, para unos cuenta más la eficiencia de la norma para las necesidades actuales que la obediencia a las intenciones prácticas o semánticas del legislador, y para otros al contrario.

Por tanto, mientras no salgamos de ese marasmo la RMC no nos sirve de nada, pues nos diría meramente que se debe elegir la interpretación que mejor realice el valor que hayamos elegido como superior, y así sucesivamente en la escala, hacia abajo. Si queremos que RMC tenga la función cierta de metaregla mínimamente efectiva hemos de darle un anclaje más sólido y objetivo a la pauta de jerarquización de las consecuencias justificadas.

A partir de los años setenta en Alemania hubo una fuerte corriente doctrinal propugnadora de la colaboración de las ciencias sociales en la práctica jurídica, tanto legislativa como judicial. En la literatura iusmetodológica alemana, en ese marco, cobró cierta fuerza la llamada doctrina de la “orientación por las consecuencias” (*Folgenorientierung*) o “consideración de las consecuencias” (*Folgenberücksichtigung*). También se habla de “interpretación orientada a las consecuencias” (*folgenorientierte Auslegung*). Pero la concepción allí dominante se diferencia de mi propuesta en lo siguiente: propugna que el intérprete se guíe por la consideración de las consecuencias *sociales* de su decisión. Se trataría de analizar los efectos sociales de la decisión y de optar por la que los tenga mejores. Aquel análisis podría y debería echar mano de las herramientas proporcionadas por las ciencias sociales. Es más, las ciencias sociales constituyen incluso el mejor auxilio para establecer cuáles son los estados de cosas más deseables o justificados en la sociedad y ofrecen, por tanto, la pauta con la que jerarquizar las preferencias. Aquel optimismo de las ciencias sociales (sociología, psicología social, estadística...) se perdió en gran medida en las décadas inmediatamente siguientes, pero en ciertos ámbitos su lugar lo ocuparon las doctrinas del análisis económico del derecho. Éstas adoptan como pauta general de valoración de las normas y de las decisiones jurídicas el criterio económico de coste-beneficio y sobre tal base consideran posible graduar la preferencia de las opciones decisorias. A más caro, peor, podríamos decir, simplificando, que es su criterio.

Hay en todo eso varias diferencias con la teoría que propongo. i) En primer lugar, muchos de esos autores estarían dispuestos a defender que la escala de valores que sienta la economía o cualesquiera otras ciencias vale más que la escala de preferencia manifestada por el legislador mediante los términos y enunciados de sus leyes, de modo que, en caso de conflicto (conflicto que existe entre dos determinaciones, no entre lo claro y lo indeterminado, no se pierda esto de vista) entre ambas jerarquías, la “científica” debe prevalecer. Es decir, si el mandato del legislador (en lo que sea claro y no caiga en la “zona de penumbra”) es claro pero caro (o contrario a la opinión pública del momento del caso, o que supone un riesgo para ciertos estados psicológicos colectivos, etc.) debe ceder ante las consecuencias mejores de decisiones que le son contrarias (*contra legem*). En lo mismo andan algunos rehabilitadores de la razón práctica en el derecho, que estiman que cuando las consecuencias de toda decisión de un caso acorde con el mandato legislativo son de grave injusticia deben evitarse tal injusticia y decidirse contra el tenor del mandato legislativo. Son doctrinas paralelas, pues ambas creen en la objetividad y cognoscibilidad de una verdad práctica distinta del derecho y por encima de él. Se diferencian en la fuente de la que abrevan: aquéllos en las ciencias sociales; éstos en las éticas cognoscitivistas. Caben también síntesis de ambas fuentes, al estilo habermasiano.

Frente a lo anterior, aquí defiendo que en un Estado de Derecho constitucional y democrático no se debe rebasar el límite de las interpretaciones posibles y que, por lo mismo, la escala de preferencias que el legislador ha trazado prevalece para el juez²¹⁹ absolutamente sobre cualquier otra,

²¹⁹ Y en tanto que juez; supongo que nadie me saldrá aquí con la cantinela del positivismo ideológico, que no viene en absoluto a cuento porque i) la desobediencia puede estar éticamente justificada, por supuesto, pero aquí no estamos hablando de ética individual sino de lo que conviene a ese medio de organización colectiva que es el derecho; ii) no estoy diciendo que todo derecho sea justo por el hecho de ser derecho, sino que todo juez, y en tanto que actúe como juez, carece de legitimidad para reemplazar los valores democráticamente anclados en la ley por sus valores, por muy verdaderos que considere los suyos y muy descarriados que vea a la mayoría democrática o al legislador que la representa; sí puede un juez, y es éticamente loable también, dimitir o practicar la desobediencia civil, pero a cara descubierta, no como uso alternativo del

ya la proporcione la ciencia, le ética o la religión. Pero quede claro que también para aquellos partidarios de las ciencias sociales o de la razón práctica opera una regla de maximización de las consecuencias favorables, sólo que, repito, sus contenidos y escala los fijan las ciencias o la razón práctica, no el derecho, y, por lo mismo, pueden usarse incluso *contra legem*.

ii) ¿Significa lo anterior que pretendo aplicar una RMC al margen de las ciencias o, si acaso, de cualquier rastro de racionalidad práctica? No. Para acabar de perfilar (en lo posible) mi propuesta faltan tres precisiones: a) el propio ordenamiento jurídico establece las pautas o referencias con las que poder en muchas ocasiones medir las consecuencias de las decisiones interpretativas; b) las pautas establecidas por el propio sistema pueden y deben prevalecer (en el Estado de Derecho) contra las extrasistemáticas, vengan de donde vengan; c) las ciencias sociales -y hasta las naturales- pueden y deben ser usadas para respaldar los juicios probabilísticos en que se correlacionen interpretaciones posibles, consecuencias y fines preferibles; d) allí donde el propio sistema no dé indicaciones mínimamente definidas y útiles para fundar la preferencia de unas u otras consecuencias, o donde las dé contradictorias y no haya jerarquización posible para el caso (que es lo más común), o allí donde aunque esté clara la escala de las consecuencias sea imposible pronosticar con un mínimo rigor el acaecimiento de unas u otras, nos hayamos en supuestos de discrecionalidad judicial pura y simple, e inevitable. Será lícito al juez decidir según sus valores y fundamentar del modo mejor posible la aplicación de los mismos; no lo será, en cambio, que intente presentar como conocimiento objetivo lo que sólo puede ser de su cosecha.

Explicaré brevemente algunas cosas de estos puntos anteriores.

El ordenamiento jurídico positivo contiene numerosos enunciados que, en lugar de la habitual estructura de supuesto de hecho/consecuencia jurídica, o en lugar de la atribución de algún género de competencias o poderes, se limitan a proclamar la deseabilidad de ciertos fines o estados de cosas. De esas proclamaciones están bien repletas las Constituciones, aunque no sólo. Así es como se declara deseable según nuestro derecho que todos tengamos un trabajo, una vivienda digna, un medio ambiente limpio, una administración de justicia independiente, una infancia protegida, etc., etc. El viejo positivismo *à la* Kelsen consideraba estos enunciados meras proclamaciones literarias sin apenas valor jurídico. Por contra, muchos de los actuales “constitucionalistas” y antipositivistas las tienen por la columna vertebral del sistema jurídico y la razón de ser de sus mandatos, y cuanto más indeterminadas, mejor.

Lo que defiende, y no es nada original, es el valor interpretativo de dichas cláusulas, en cuanto que proclaman fines por relación a los que medir las consecuencias respectivas de las interpretaciones posibles y justificadas de cada enunciado jurídico. Así, entre dos interpretaciones justificadas cada una por un (o varios) argumentos interpretativos admisibles, la RMC impone que se elija aquella que mejor realice aquel de estos fines jurídicamente sentados que entre en juego. Un ejemplo muy simple: si de dos interpretaciones posibles de una norma resulta que una provocaría la consecuencia de que más personas accedieran a una vivienda digna y otra que menos, y si no hay ningún otro principio de igual jerarquía en liza, deberá darse preferencia a la primera, en aplicación de RMC.

Cuando, como es muy común, sean dos o más de ellos los que vengan al caso y estén en conflicto en él, no sirve gran cosa lo que estoy diciendo y hay que desarrollar reglas de optimización para las que no es éste el lugar.

Esos que llamo enunciados jurídicos teleológicos tienen utilidad como pauta de fijación de fines para la aplicación de la RMC en función de dos de sus características: su jerarquía y su nivel de concreción.

Con su jerarquía aludo al lugar que ocupe en la jerarquía de fuentes el documento que contenga el respectivo enunciado teleológico: la Constitución, una ley, etc. El fin superior prevalece sobre el inferior. La protección de la familia o del medio ambiente, proclamados como objetivos en la

derecho. El uso alternativo del derecho es digno de alabanza y propio de demócratas en un Estado autoritario o totalitario, pero reprochable y propio de antidemócratas en un Estado de Derecho.

Constitución, deberán pesar más que la protección de la confianza en el tráfico mercantil, por ejemplo²²⁰.

Al hablar de su concreción me refiero al grado en que los contenidos semánticos del enunciado teleológico en cuestión estén determinados. A mayor determinación, cuanto menor su zona de penumbra, mejor utilidad como base de una aplicación objetiva de RMC. El fin de que todos puedan tener un puesto de trabajo es mucho más preciso y, por tanto, determinable en su grado de cumplimiento, que el de que todos sean poseedores de una dignidad. Un enunciado teleológico completamente abierto no establece ningún fin (sólo el que el intérprete libremente guste darle) y por tanto, no sirve como pauta por referencia a la cual medir las consecuencias de las interpretaciones en liza.

La jurisprudencia, con base en esos enunciados teleológicos, suele formular reglas interpretativas más precisas, las cuales son concreciones de aquéllos y se usan para dirimir entre interpretaciones dentro de distintas áreas temáticas del derecho. Así es como nacen, se justifican y funcionan reglas interpretativas como la de *favor laboratoris* en Derecho Laboral, *favor minoris* en Derecho de menores, etc. No son argumentos interpretativos, sino reglas de interpretación y subreglas de la metaregla de maximización de las consecuencias positivas.

²²⁰ Un ejemplo jurisprudencial. Un empresario “entra” en el ordenador de un empleado en la empresa y examina los mensajes que éste ha recibido y enviado. Lo hace sin mandato judicial. Se plantea la cuestión de si medida semejante se justifica conforme al art. 20.3 LET, que otorga al empresario las competencias de control y vigilancia sobre la actividad laboral de sus trabajadores y el uso de los medios empresariales (a favor de esta tesis, STS SS Cataluña 5 jul. 2000, País Vasco 31 oct. 2000, Galicia 4 oct. 2001, Madrid 4 dic. 2001...), o si, por el contrario, supone una vulneración del art. 18.3 CE, que protege el secreto de las comunicaciones (en este sentido STS SS Andalucía 25 feb. 2002, Madrid 31 enero 2002). ((Vid. Sent. del Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona de 16 sept. de 2002, que acoge esta última tesis)) ((archivo SENTALUM4)). Mi tesis coincidiría con esta última postura jurisprudencial, pues entre dos fines se opta por el establecido en la norma superior. Es un ej. más de interpretación favorable a los ds.fs.

Hay mucho de cierto en la afirmación que hace décadas hiciera Spendel, en el sentido de que □bajo prestigiosas palabras como □lógicamente fundado□, □consecuencia necesaria□, □analogía o razonamiento a contrario□ se esconde a menudo no otra cosa que ideas oscuras o pseudoargumentos□ (Spendel, 1957, 442). Resulta curioso en grado sumo que reine una tan grande oscuridad en un campo como el de la metodología de interpretación y aplicación del derecho, en el que han corrido y corren ríos de tinta. En este trabajo pretendo fundamentar semejante veredicto sólo en lo que tiene que ver con el llamado argumento a contrario.

Trataré de desentrañar algunos equívocos habituales o de combatir enfoques que considero erróneos, y de sustentar lo que estimo tesis más adecuadas y correctas sobre los caracteres de este argumento, su estructura y la función que cumple en el razonamiento jurídico. Pero antes de entrar en todo ello, se impone tomar conciencia de un dato crucial: de éste, como de cualquier otro asunto relativo a la teoría de la interpretación y aplicación del derecho y a los medios o instrumentos que en los correspondientes razonamientos decisorios se utilizan, apenas es posible hablar al margen de una determinada concepción del derecho y de las reglas rectoras de su práctica. Ciertamente es que los teóricos no suelen explicitar su postura al respecto, pero ésta siempre opera en el trasfondo, condicionando las tesis que se sostienen, con lo que se incurre en el poco recomendable defecto de presentar como verdades universales lo que no es sino dependiente de prejuicios o □aprioris□ que no se justifican expresamente. De ahí que comience esta exposición trazando un muy elemental panorama de ciertas concepciones básicas del derecho y explicitando aquella con la que teóricamente me identifico.

I. Tres modos de concebir el derecho y la decisión jurídica correcta.

Entre quienes piensan que tiene sentido hablar de algo llamado derecho, en cuanto realidad de algún género y no mera ficción ideológica que encubre engañosamente la simple fuerza o el mero sinsentido, podemos diferenciar tres concepciones básicas acerca de esa realidad de lo jurídico, de la materia prima que de un modo u otro determina o dirige la decisión judicial o, cuando menos, aporta el elemento de contraste que nos permite sostener cosas tales como que el juez aplica correctamente el derecho, decide racionalmente en sede jurídica, respeta la legalidad establecida, acata el sistema de fuentes, etc., etc. Las denominaré concepción lingüística, concepción intencionalista y concepción material. Las tres comparten la idea de que hay algo preestablecido a la decisión judicial y que le sirve o le debe servir de pauta, y que ese algo tiene, por tanto, valor normativo. En aras de la simplificación, llamaremos a ese algo normas jurídicas, sin entrar, por no ser aquí el tema central, en ulteriores discusiones terminológicas.

²²¹ Agradezco a Rafael Hernández Marín sus muy valiosos y atentos comentarios al borrador de este artículo. Los defectos que aún contenga se deben, por supuesto, a mi responsabilidad o, incluso, a mi empecinamiento.

La concepción **lingüística** ve el derecho como normas cuya realidad originaria es la de enunciados lingüísticos contenidos en ciertos textos²²² a los que es atribuido valor autoritativo, es decir, reconocidos como ☐fuentes☐ o receptáculos de normas que son derecho y no otra cosa (no mera moral, no mera política, no meros usos, no meras afirmaciones, etc.). El derecho, así, es primariamente lenguaje. No es algo anterior o distinto que se exprese a través del lenguaje, sino que está constituido en y por el lenguaje. Las normas jurídicas son fragmentos del lenguaje a los que se reconoce en una determinada comunidad o cultura ese especial status de ser derecho y no (meramente) otra cosa.

Para esta concepción, los problemas del tránsito de la norma jurídica, así vista, a la decisión jurídica que la aplica o en ella se basa son fundamentalmente los problemas que plantea todo lenguaje no formal, son problemas de interpretación. Al lenguaje de las normas, de los enunciados que las constituyen, ha de suponerse necesariamente un significado, pues en otro caso no tiene sentido ni razón de ser la producción normativa como emisión lingüística. Si los enunciados legislativos fueran por definición crípticos, inasibles y carentes de toda determinación significativa, la práctica legislativa (y la práctica jurídica toda) sólo podría explicarse como el más cruel y maquiavélico camuflaje de la arbitrariedad y la manipulación, como ideología en el más negativo de los sentidos. Y, con ello, caería por la misma pendiente todo el entramado de ideas que hablan de principio de legalidad, democracia, separación de poderes, derechos, garantías, etc.

Mas decir que al lenguaje legislativo se le ha de suponer la capacidad de significación no implica en modo alguno caer en la ingenuidad de imaginarse que tal lenguaje es o puede llegar a ser perfectamente preciso, determinado e inequívoco. La semántica del lenguaje jurídico padece los mismos problemas que la semántica del lenguaje ordinario, si acaso con algunas peculiaridades y matizaciones (la existencia de terminología técnica, la presencia de definiciones legales, etc.). Ahora bien, así como en la vida diaria podemos entendernos, dentro de ciertos márgenes, a partir de nuestro lenguaje, podemos también entender, dentro de ciertos márgenes, lo que las normas nos dicen y lo que le dicen al juez que ha de aplicarlas. Pero no podemos desconocer que existen en el lenguaje de las normas términos vagos y ambiguos e incluso, a menudo, conceptos total o casi totalmente indeterminados. La teoría y la práctica del derecho han desarrollado, como respuesta a este problema, la teoría de la interpretación jurídica, que da o trata de dar pautas y reglas para concretar y precisar los enunciados de las normas jurídicas en lo que tengan de indeterminado.

²²² En la teoría del derecho española, una concepción lingüística mantenida con muy coherente radicalidad es la de Hernández Marín (vid. 1998, 114ss.).

Para esta concepción lingüística, la interpretación jurídica es aquella actividad que los teóricos del derecho o sus operadores prácticos llevan a cabo para aclarar y precisar el significado de los enunciados en que las normas jurídicas se contienen. El teórico suele realizar esta labor redefiniendo los términos o enunciados legales, utilizando expresiones sinónimas, etc. El práctico, por su parte, suele partir del problema que supone saber si un determinado hecho cae o no bajo la referencia del significado del enunciado normativo, si es subsumible bajo el mismo. Pero lo característico de esta concepción es que la semántica pone un límite a las interpretaciones posibles, a las concretas atribuciones de significado. Las interpretaciones posibles de un término legal son tantas como resulten compatibles con los límites de su significado en nuestro lenguaje (nuestro lenguaje ordinario y/o nuestro lenguaje técnico-jurídico) y con la lectura contextualizada de ese término, pero no más. Todo lo que traspase ese límite ya no será interpretación de esa norma, sino creación de una norma nueva. Y la decisión que se base en esta norma nueva ya no podrá presentarse como aplicación de aquella otra, como aplicación obediente de la misma o respetuosa con la vinculación a la misma.

Un ejemplo bien simple. Pongamos que la norma jurídica N dice: □se prohíbe el uso de gafas en todo tipo de embarcaciones marítimas□. Sin chocar con el □sentido común lingüístico□ podemos dar distintas definiciones de lo que en N se haya de entender por □gafas□; y podemos, en estrecha relación con lo anterior, establecer que bajo la referencia de ese término de N caen solamente los lentes con montura de uso diario, o también las □gafas□ que se utilizan por ejemplo para soldar, o también las □gafas□ de buceo, etc. Que le demos a ese término una u otra extensión estará justificado en razón del fundamento que podamos aducir para dicha elección (el fin de la norma, la intención del legislador, etc.), pero en cualquiera de esos casos estaremos cumpliendo con el mandato legislativo, con el respeto al texto normativo. En cambio, si alguien, alegando cualesquiera razones (de justicia, de equidad, de fidelidad al propósito del legislador, de conveniencia económica, etc.) sostiene que se puede entender que N prohíbe también el uso de pistolas en las embarcaciones, estaría creando una norma nueva, y al ejecutar esa prohibición frente a quien porta una pistola en una embarcación no estaría cumpliendo N, sino la norma nueva *por él* creada.

El partidario de la concepción lingüística no tiene necesariamente que ser opuesto a esa actividad creativa, ni siquiera opuesto a la decisión *contra legem*. Puede, por ejemplo, entender que el derecho es lenguaje y no otra cosa, pero defender desde consideraciones políticas que cierto derecho (por ejemplo el de una dictadura) no debe ser obedecido. A lo que el partidario de esta concepción se opone es a que se llame aplicación de una norma jurídica a lo que, por no respetar los límites de su significado posible, es suplantación larvada de esa norma. Esta concepción, como tal, no se compromete necesariamente con ningún orden de valores ni ninguna política, y mucho menos es expresión de positivismo ideológico. Sus tesis de partida son ontológicas (el derecho es lenguaje y no ningún tipo de esencia pre o extralingüística), epistemológicas (no podemos conocer de modo fehaciente ningún tipo de realidad jurídica al margen del lenguaje) y conceptuales (se debe evitar la arbitrariedad terminológica y establecer criterios conceptuales precisos).

La concepción **intencionalista** contempla el núcleo o ser último del derecho como contenido del pensamiento y la intención de ciertos sujetos dotados de autoridad, paradigmáticamente los legisladores. Las normas jurídicas no agotan sus contenidos posibles en los enunciados lingüísticos a través de los que primariamente se manifiestan. Comprender una norma no es averiguar el significado o los significados posibles de un enunciado legislativo, sino, en última instancia, desentrañar las intenciones que su emisor ligó a dicho enunciado. Las palabras de éste y su forma sintáctica, entonces, son un puro vehículo, más o menos fiel, más o menos certero, de esa otra realidad que es la que verdaderamente cuenta, la intención de su autor. La correcta interpretación de un enunciado legislativo, por tanto, es aquella que saca a la luz lo que el legislador quiso decir con sus palabras. Éstas permanecen para siempre unidas a aquellos contenidos de conciencia y nunca pueden llegar a hablar por sí solas. Sólo dan pistas, gozan de una presunción de certeza, pero tal presunción es derribable con argumentos que acrediten que para el legislador tuvieron un significado distinto del que tendrían para el hablante corriente (o el jurista corriente) aquí y ahora.

En esta concepción, la vinculación al derecho no es vinculación a la semántica de los enunciados legales, sino atadura a la intención del legislador. La autoridad de la ley es la autoridad de su autor, y el derecho no es definible como conjunto de enunciados legales, sino como contenidos de

voluntad cristalizados en esos enunciados, que, repito, nunca se independizan de aquellas intenciones. El ser último del derecho no está o no se agota en las palabras y los textos, sino que está por debajo, dándoles a aquéllas y a éstos su verdadero y único sentido posible. No es que la averiguación de las intenciones del legislador sea uno de los instrumentos aptos para precisar o elegir entre los significados posibles de los enunciados legales en lo que éstos tengan de indeterminado, como podría admitir sin problemas un defensor de la concepción lingüística. Se trata de que los significados posibles, la semántica del uso, cede ante aquella intención del autor, de modo que interpretación correcta podrá ser también aquella que dé a la norma un significado que vulnere abiertamente la semántica de nuestro lenguaje compartido. En un ejemplo caricaturesco, si al emplear en N el término "gafas" el legislador quiso realmente prohibir que en las embarcaciones se portasen lupas, esto y no otra cosa sería, según esta concepción, lo que N prohíbe.

En tercer lugar, tenemos la que denomino concepción **material** del derecho. Para ésta, la materia prima del derecho, su núcleo, su componente primero, no son ni palabras con significado ni intenciones de sujetos, sino contenidos valorativos materiales. La realidad jurídica última no es ni lingüística ni psicológica, sino axiológica. La realidad del derecho no es sino una parte de la realidad del mundo, y las reglas de fondo que ordenan el mundo están prefijadas, ya sea en un orden de la creación, ya sea en una armonía cósmica, ya sea en una ontología ideal subsistente al margen de las determinaciones empíricas, y ya sea esa realidad universal e inmutable o cambiante con los tiempos y las culturas. El derecho, así, sólo se concibe como expresión de tales determinaciones objetivas que son independientes de contingencias tales como la semántica del uso lingüístico o los propósitos. Y, por tanto, las palabras de la ley (positiva) no son más, nuevamente, que (en el mejor de los casos) un intento más o menos afortunado, pero siempre inexacto e insuficiente, de reflejar esas pautas valorativas de fondo, esos valores. Interpretar rectamente la ley positiva es situarla en la mayor concordancia y armonía posibles con aquel orden de valores. Y, sobre todo, decidir con corrección jurídica un caso es otorgarle el tratamiento que desde ellos y a tenor de ellos merece. Cuando las palabras de la ley y su significado apunten en la misma dirección, será porque la ley acierta a transmitir los valores que importan, con lo que la consiguiente decisión del caso será conforme con la ley y el derecho. Cuando el caso caiga bajo la referencia de los términos legales, pero la consecuencia que se siga de su aplicación vaya contra lo prescrito por los valores que cuentan, aquéllos cederán ante éstos, y podrá quizá decirse que la decisión es *contra legem*, pero no contra derecho, pues la ley escrita no es sino la pura superficie o apariencia de lo que es el auténtico derecho. Sin embargo, raramente o sólo en casos extremos las cosas se presentarán hacia el exterior con esta claridad. Es más cómodo y persuasivo mantener que se ha hecho una interpretación de la ley y que se la respeta en su verdadera esencia, aunque se la haga "decir" cualquier cosa que nadie entendería de sus términos.

Y nuevamente hay que aclarar que no nos referimos a que el intérprete, a la hora de elegir entre los significados *posibles* de una norma vaga o ambigua, eche mano de consideraciones finalistas, de equidad, de ponderación valorativa de consecuencias, etc., lo cual tampoco plantearía reparos al defensor de la concepción lingüística. No, se trata de que, para este tipo de doctrina, posibles son cualesquiera sentidos que hagan justicia al caso y sólo aquellos significados que hagan justicia al caso. Y el trato que el caso "demanda" es, para esta concepción, algo que viene determinado por la justicia y no por las palabras de la ley o las intenciones del legislador.

Creo que las tres concepciones son merecedoras de consideración y análisis, con la única condición, difícil y no muy usual, de que se mantengan coherentemente. Quien esto escribe se manifiesta (quizá se ha percibido ya) partidario de la concepción lingüística. No es lugar para entrar en más fundamentaciones y discusiones. Se pone de relieve solamente para que desde ahí se comprenda y, si es necesario, se relativice lo que a continuación expondré sobre el concreto tema del argumento a contrario.

II. Equívocos y confusiones con el argumento a contrario.

En este tema reina un profundo confusionismo²²³, fruto en muchas ocasiones de combinar acríticamente tesis sobre él que provienen de esas distintas concepciones del derecho y su práctica y, otras veces, de no explicitar suficiente y claramente los presupuestos iusfilosóficos desde los que cada autor razona sobre el asunto.

Intentaré pasar revista crítica a algunos de esos equívocos y de explicar su raíz en la respectiva concepción del derecho. En el capítulo siguiente expondré, en términos positivos, la que me parece la forma más acertada de concebir la forma y el juego de este argumento.

1. El argumento a contrario y el silencio de la norma (o del legislador).

Es sumamente habitual sostener que el argumento a contrario entra en juego respecto de aquello de lo que la norma guarda silencio²²⁴. El acierto de tal afirmación depende de lo que se entienda por tal □silencio□. Hay que diferenciar el silencio como falta de mención (expresa) y el silencio como falta de regulación, es decir, como laguna, para, a continuación, puntualizar lo siguiente, contrariamente a lo que la doctrina acostumbra a mantener: i) no toda falta de mención (expresa) de un supuesto significa que el mismo carece de regulación preestablecida en el ordenamiento jurídico; y ii) cuando tal regulación falta y hay una laguna, es precisamente cuando el argumento a contrario no opera. Veámoslo a la luz de unos ejemplos que representen distintas situaciones regulativas.

Ejemplo 1: silencio como falta de mención, no de regulación. Pongamos que la norma N dice: □En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, sólo la viuda tendrá derecho a pensión de viudedad□. Supongamos que un viudo reclama tal pensión. El argumento a contrario ahí jugaría del siguiente modo: □viuda□ sólo puede hacer referencia, con arreglo a las reglas y convenciones de nuestro lenguaje, a cónyuge supérstite femenino. Si la norma dice □viuda□ no podemos entender que quiere decir □viudo□ o □viuda□ indistintamente, pues en ese caso habría dicho □viudo o viuda□ o □viudo□ como denominación genérica del cónyuge supérstite, o cualquier otra fórmula abarcadora.

²²³ Una buena síntesis de todas las confusiones posibles, resultado del acrítico acopio de aportaciones heterogéneas, a menudo de segunda o tercera mano, puede comprobarse en Falcón y Tella, 1991, pp. 163ss

²²⁴ Tal planteamiento se ve con suma claridad por ejemplo en Ezquiaga Ganuzas 1987, 168-169; Pawlowski 1981, 35. También Nawiaskey decía que tanto analogía como argumento a contrario son posibles en los mismos casos, los casos de laguna, que tienen igual valor y que la elección de uno u otro es una cuestión valorativa (Nawiaskey 1962, 206-207). Entre los pocos con un planteamiento riguroso, Canaris 1983, 44, que explica que son frecuentes los casos en que el que la ley calle sobre un caso no significa que no se siga una consecuencia jurídica para él, sino que tal silencio implica que mediatamente la ley ofrece para el caso una solución negativa.

□Ha surgido una laguna en ese caso? Para nada, pues queda claro que el asunto que hay que resolver, el del viudo reclamante, tiene su solución en la norma: no tiene derecho a pensión de viudedad, pues claramente rige en el ordenamiento que un derecho tal sólo lo poseen las personas a las que expresamente les sea atribuido por alguna norma²²⁵. Decir que hay ahí una laguna es incurrir en un absurdo total, sería como decir que en la normativa que regula los derechos de los estudiantes universitarios hay una laguna porque se concede expresamente el derecho a examen a quienes se han matriculado, pero no dice nada de los que no se han matriculado. En un caso como éste estamos jugando con candidatos positivos o negativos, no estamos moviéndonos en la zona de penumbra. Ahí el argumento a contrario es un puro argumento de respaldo de la legalidad vigente, frente a los intentos de obviarla con consideraciones o argumentos sustanciales (de justicia, etc.)²²⁶.

Estamos ante la función más normal del argumento a contrario, que vendría a apoyarse en que las expresiones legales significan lo que significan y que en ningún caso pueden significar otra cosa, y menos aún pueden significar lo contrario²²⁷.

En resumen, tenemos que en N no se menciona a los viudos, pero tal ausencia de mención no es falta de regulación. Esto, como veremos, se explica también entendiendo que el enunciado de N equivale a □sólo si se es viuda se tendrá derecho a pensión de viudedad□, lo que es tanto como decir que si se es viudo no se tendrá derecho a pensión de viudedad. Por supuesto que es imaginable que un tribunal, por consideraciones de justicia, decida otorgar tal derecho a un viudo. Pero que tal decisión nos resulte grata con arreglo a nuestros valores no implica que deje de ser una decisión *contra legem*²²⁸.



²²⁵ Véase Canaris 1983, 50ss, sobre la necesidad de que para que se pueda afirmar un derecho exista una norma que lo conceda. Un ejemplo similar, extrayendo similares conclusiones, maneja Ross (Ross, A. 1994, 145).

²²⁶ No hay que confundir eso con otra cuestión. Podemos pensar que esa norma del ejemplo es inconstitucional, porque establece una discriminación entre hombres y mujeres. Pero en ese caso no es que afirmemos una laguna, sino que decimos que ha de ser eliminada por inconstitucional la norma que atribuye el derecho sólo a las mujeres. Si el TC la elimina por inconstitucional, habrá surgido, quizá (depende de otros datos del ordenamiento), una laguna (para todos, para viudos o viudas), pero en absoluto se puede decir que esté en ese caso el TC resolviendo una laguna cuando declara la inconstitucionalidad.

²²⁷ Desde la teoría intencionalista se diría que si el legislador dijo □viuda□ fue porque sólo quiso dar ese derecho a las viudas, salvo que se demuestre que su intención era otra y cometió un error expresivo. Desde la concepción material se mantendrá que el que sean unos u otros los que posean el derecho depende de apreciaciones de justicia y equidad, siendo la referencia principal el tomar en consideración si viudos y viudas se encuentran en una situación similar, en cuyo caso con arreglo a la justicia poseerán el mismo derecho, o en una situación diferente, que justificaría el trato diverso, todo ello con independencia y al margen de la semántica y de los propósitos del legislador.

²²⁸ Ya sabemos que para los partidarios de la concepción material el *ius* es más que la *lex*, es *lex* más justicia, equidad, prudencia, etc. y subordinada a esto, por lo que aquella decisión no sería contraria a derecho aunque sea contraria a la *lex*.

Ejemplo 2: silencio como falta de mención que no se traduce en laguna, sino en problema interpretativo, de opción entre interpretaciones posibles. Supongamos que los precios que los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios han de pagar por sus entradas se hallan regulados por la norma siguiente.

N: \square Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar su entrada. Los que vayan hasta el estadio en moto pagarán una entrada de 1000 pesetas y todos los demás espectadores asistentes pagarán una entrada de 2000 pesetas \square .

N configura el conjunto de casos posibles de modo exhaustivo. Para el conjunto de casos de asistencia como espectador a un partido de fútbol establece dos subconjuntos: el subconjunto *a*, formado por los casos de quienes asistan al estadio en moto, y el subconjunto *b*, integrado por *todos* los demás casos de asistentes al fútbol como espectadores, al margen del medio en el que realicen el viaje hasta el estadio. Es decir, la norma no menciona expresamente el caso de los que vayan a pie, en coche, en autobús, etc., pero esa falta de mención, ese silencio, en modo alguno significa una laguna.

Imaginemos el siguiente caso: alguien que ha ido al estadio en ciclomotor reclama que se le cobre la entrada de 1000 pesetas, en lugar de la de 2000. Esto es, reclama el tratamiento correspondiente a los elementos del subconjunto *a*. Hemos quedado en que no hay laguna tampoco para este caso, pues el caso se integra o en el subconjunto *a* o en el subconjunto *b*, que son exhaustivos, por lo que no hay un subconjunto *c* de casos no resueltos para los que haya que crear una nueva norma, ya sea por entero o ya sea estableciendo para ella la misma consecuencia jurídica que N dispone para los supuestos de *a* o de *b*. Pero que no haya laguna no quiere decir que no se planteen problemas interpretativos para la aplicación de N a un asunto como éste. En efecto, que el ciclomotor sea o no uno de los objetos designados por el término \square motos \square es algo que puede discutirse. No es descabellado pensar que forma parte de la zona de penumbra de este término. \square Moto \square tiene en nuestro medio lingüístico un significado ordinario y un significado técnico. Según que nos atengamos al primero o al segundo, el ciclomotor podrá formar parte o no de la referencia del término. Habrá pues que argumentar, con los medios normales de la interpretación jurídica (el método sistemático, la voluntad del legislador, el fin de la norma, etc.) la opción interpretativa que se adopte, y la consiguiente resolución del caso. Pero, repito, no no habrá colmado una laguna, sino que se habrá resuelto un problema interpretativo, y ninguna de las dos soluciones posibles sería calificable como contraria al tenor de N.

\square Cuándo y cómo podría entrar en juego el argumento a contrario en este ejemplo? *Una vez que se ha interpretado N* dándole, por ejemplo, el siguiente significado: N establece que sólo si se viaja en moto al estadio se tiene derecho a pagar la entrada de 1000 pesetas; por moto se ha de entender lo que para este término establece el Código de la Circulación (determinadas características mecánicas, de cilindrada, etc.); el ciclomotor no tiene esas características, por lo que, en esos términos, el ciclomotor no es una moto; luego, si sólo los que acudan en moto, así entendido el significado de \square moto \square , tienen ese derecho, *a sensu contrario* los que van con ciclomotor no tienen ese derecho. Aquí vemos cómo el argumento a contrario es tributario de una previa y determinada interpretación, de la que se limita a extraer la consecuencia. El esquema del razonamiento podríamos representarlo así:

1. $(x) Tx \square C$
2. $\forall x \square \square Tx$
3. $\forall x$
4. $\square C$

Pero como N también dispone la solución de los supuestos distintos de Tx (ir en moto al estadio), tenemos que el caso se resuelve por obra de la misma norma. Representamos por Rx \square asistente al estadio por cualquier otro medio \square :

1. $(x) Rx \square C'$
2. $\forall x \square Rx$
3. $\forall x$

4. C'

Ejemplo 3: existencia de una laguna que el argumento a contrario, por sí mismo, no colma, por lo que no compete directamente con el razonamiento analógico. Tomemos la norma N que dice: \square Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar la entrada. Quienes asistan en coche pagarán una entrada de 2000 pesetas y quienes asistan a pie pagarán una entrada de 1000 pesetas \square . Aceptemos que ninguna otra norma del sistema estipula la entrada que habrán de pagar quienes acudan por otros medios (en moto, en bicicleta, en autobús...). Es evidente, entonces, que hay una laguna respecto de todos estos otros casos. Es decir, se establece que todo el conjunto *a* de quienes acudan al fútbol como espectadores deben pagar entrada. De este conjunto *a* se regula la entrada que han de pagar los miembros del subconjunto *b* (los que acudan a pie) y del subconjunto *c* (los que acudan en coche). Si llamamos a los demás elementos del conjunto *a*, no abarcados por los subconjuntos *b* y *c*, subconjunto *d*, tenemos que para todos los elementos de este subconjunto *d* existe ausencia de concreta regulación en cuanto al precio de su entrada.

Supongamos que se plantea un caso de ese subconjunto *d*: alguien que acude al fútbol en bicicleta reclama que se le cobre el precio de 1000 pesetas de los que van a pie. \square Cómo se puede resolver el caso? Habrá, ineludiblemente que crear una norma nueva, pues el hecho no encaja bajo la referencia de ninguno de los supuestos que N concretamente regula. Para justificar la norma que se cree, se podrá argumentar de modos diversos, conforme a los métodos y argumentos habituales en estos casos. Entre los más socorridos estaría la analogía, que podría fácilmente aplicarse sobre la base de una determinada interpretación del fin de N (por ejemplo, si dicho fin fuera evitar la contaminación y los atascos producidos por los vehículos de motor en día de fútbol). Con ello se legitimaría la nueva norma que aplica al caso de las bicicletas la misma consecuencia jurídica que N establece para la asistencia a pie.

\square Tiene el argumento a contrario algo que decir en contra de esa solución analógica o de cualquier otra similar? En modo alguno. Invocar aquí tal argumento sería incurrir en un defecto lógico del razonamiento que, como luego veremos, ha sido resaltado por los mejores tratadistas del tema. Veámoslo. En aras de la simplicidad, tomemos sólo N como \square si se asiste a los partidos de fútbol a pie se paga una entrada de 1000 pesetas \square .

1. $(x) Tx \square C$

2. $Bx \square \square Tx$

3. Bx

4. $\square C$

Es decir, echar mano del argumento a contrario para defender que puesto que N establece la consecuencia \square pagar entrada de 1000 pesetas \square para el caso de ir a pie, y puesto que ir en bicicleta no es ir a pie, se debe excluir aplicar esa consecuencia al ir en bicicleta, es incurrir en el defecto lógico del razonamiento que traduce la fórmula anterior y que sería fácil de demostrar²²⁹.

²²⁹ Puede verse tal demostración, por ejemplo, en Schreiber 1992; 71-72; Klug 1998, 179-180.

□Qué tendría que ocurrir para que el razonamiento en cuestión fuera correcto? Que se interprete N en términos de □*si y sólo si* se acude al estadio a pie se tendrá derecho a pagar una entrada de mil pesetas□. Es decir, la premisa 1 debería tener la forma:

(x) Tx □ C

Y ese sentido a N no se lo da el argumento a contrario, sino la interpretación previa, más o menos admisible según el grado de razonabilidad o convicción que posean los argumentos con que la misma se sostenga. En consecuencia, no es el argumento a contrario por sí y sin más el que se opone a la analogía, sino que la posibilidad de ésta se desactiva por la previa interpretación de N. Expresado de otra manera, lo que el argumento a contrario vendría a hacer sería simplemente mostrar el carácter lógicamente incorrecto de la aplicación analógica una vez que la norma ha sido interpretada en términos de □*si y sólo si*□.

Todo esto es así para la concepción lingüística, que centra la cuestión en el tema del significado y la interpretación. Para la concepción intencionalista las cosas son también así, pero la pauta interpretativa determinante la da la voluntad del legislador. En cambio, para la concepción material lo que importa son las razones de justicia y equidad que sustenten la resolución del caso, por lo que la lógica y la semántica ceden ante el peso de esas razones. Esto es, por mucho que N se interprete verosímilmente en términos de □*si y sólo si*□, o aun cuando el enunciado mismo de N fuera □*si y sólo si*□, al que acude en bicicleta se le debe reconocer el mismo derecho que al que acude a pie si la justicia del caso así lo impone, pues el derecho es, antes que otra cosa, justicia, justo tratamiento de los merecimientos de cada caso. Quienes ven en la semántica o las reglas formales del razonamiento lógico un obstáculo para tal decisión, son despectivamente tildados de formalistas irredentos y lacayos del abuso y la insensibilidad. Y si con ellos sucumbe también el legislador democrático, poco importa. *Fiat iustitia, pereat mundus*.

Ejemplo 4: la existencia o no de una laguna depende de la previa interpretación y el argumento a contrario sólo opera cuando la interpretación ha establecido que no hay laguna. Supongamos que la tenencia de animales en los domicilios particulares está legalmente regulada en el sistema por esta única norma N: □Queda prohibida bajo sanción S la tenencia en los domicilios de animales salvajes. Está permitida la tenencia de animales domésticos□. Parece que la regulación legal es completa, pero se puede concebir una laguna respecto de los animales salvajes domesticados. Imaginemos que se impone la sanción S a un sujeto que tiene en su domicilio un tigre que ha sido recogido cuando era cachorro, al que se ha domesticado, que está perfectamente adaptado a la vida en el hogar y al que, además, se le han cortado las uñas y los colmillos para evitar cualquier riesgo para la integridad de las personas. □Es ese tigre un animal salvaje y está, por consiguiente, su tenencia prohibida bajo sanción, o encaja bajo la referencia de animal □doméstico□? Estamos planteando un interrogante interpretativo, y la respuesta interpretativa que se dé condiciona directamente la solución del caso. Las respuestas posibles son tres, y no es difícil imaginar buenos argumentos, con base en los criterios y métodos de interpretación admitidos, para mantener cualquiera de las tres. No nos paremos en la fácil invención de esos argumentos y sintetizamos meramente las tres respuestas posibles: a) ese tigre sigue siendo un animal salvaje a efectos de la norma, con lo que rige la prohibición: hemos realizado una interpretación extensiva de □animal salvaje□ que no vulnera su tenor literal; b) ese tigre es un animal doméstico a efectos de la norma, con lo que opera el permiso: hemos hecho una interpretación extensiva de □animal doméstico□, que no vulnera su tenor literal; c) ese tigre es parte de un tercer género de casos que no se subsumen ni bajo □animal salvaje□ ni bajo □animal doméstico□: hemos hecho una interpretación restrictiva de □animal salvaje□ y de □animal doméstico□, de resultas de las que ha surgido una laguna. El combate, por así decir, de cuyo resultado va a depender el que el caso del tigre domesticado se pueda resolver en el sentido de la prohibición, el permiso o una tercera solución (por ejemplo el permiso sometido a particulares medidas o precauciones) se ha librado en el terreno de la interpretación, y ahí el argumento a contrario no ha podido aún comparecer. Sólo podrá jugar una vez que una de esas tres interpretaciones se ha llevado a cabo. Veámoslo:

Si se ha sentado la interpretación a), hemos afirmado que el tigre domesticado es un animal salvaje a efectos de N, por lo que se sigue la consecuencia de la prohibición y, a sensu contrario, no puede seguirse la consecuencia del permiso o una tercera consecuencia.

Si se ha fijado la interpretación b), se mantiene que el tigre domesticado cae bajo el tipo legal de animal doméstico, por lo que se sigue la consecuencia legal del permiso y, a sensu contrario, no puede seguirse la consecuencia de la prohibición o una tercera consecuencia.

Si se ha fijado la interpretación c) y ese tigre no encaja ni bajo un supuesto ni bajo el otro, tenemos una laguna, y sobre el modo de resolverla el argumento a contrario no aporta *nada*. Por consiguiente, ahí un argumento a contrario no estaría en oposición ni a que se aplicara una norma de nueva creación que estableciera analógicamente la consecuencia de la prohibición, la del permiso o una tercera consecuencia distinta (por ejemplo, el permiso sometido a especiales controles o restricciones).

Con estos ejemplos comprobamos que el argumento a contrario no funciona cuando hay un silencio legislativo que significa falta de regulación de un caso, sino cuando por vía interpretativa se ha establecido que i) la mención de un caso asociándolo a una consecuencia supone que se le debe aplicar esa consecuencia; o ii), que la no mención de un caso no significa falta de regulación de ese caso. Por contra, cuando el silencio legal respecto de un caso significa laguna, el argumento a contrario no aporta nada al colmado de esa laguna, ni se opone por sí a la analogía.

Otras tres afirmaciones frecuentes pueden ser atacadas desde lo que acabamos de decir: que el argumento a contrario va más allá del significado posible de la norma, que es lo opuesto a la analogía y que es uno de los medios para colmar lagunas. La crítica a estas tres afirmaciones se desprende ya de lo que he mantenido hasta aquí, pero conviene explicitarla y ampliarla más.

2. El argumento a contrario como desbordamiento del tenor literal de la norma.

Se sostiene con alguna frecuencia que el argumento a contrario es creativo, es uno de los argumentos de desarrollo judicial del derecho, pues va más allá del significado posible de la ley. Ahí, más allá del significado posible, es donde, como veremos que se dice, se enfrentarían argumento a contrario y argumento analógico como medios para decidir ☐ más allá ☐ del texto legal²³⁰. Una afirmación tal sólo puede fundarse en alguna de las siguientes posturas o confusiones:



²³⁰ Véase por ejemplo, en ese sentido, Koller, P., 1992, p. 213ss.

- Confusión entre lo que la ley menciona y lo que la ley \square dice \square , es decir, la regulación que contiene. Otra forma de expresarlo es diciendo que se trata de la confusión entre términos y significados. Ya me he referido a esta necesaria diferenciación. Tomemos el siguiente enunciado de la norma N: \square Para todos los casos de H se debe aplicar la consecuencia C \square . H es un término genérico, un tipo legal abstracto (ejemplo: H = \square tenencia en domicilio de animales salvajes \square). Cuando, sobre la base de que s es un caso de H se resuelve que \square se debe aplicar a s la consecuencia C \square , estaríamos, con tal planteamiento, integrando el derecho y yendo más allá de lo que la norma \square dice \square , pues la norma no dice s , sino H. Parece obvio que tal forma de hablar representa un absurdo. Si s forma parte de la referencia de H, lo cual se establece mediante la interpretación, que puede ser más o menos dificultosa según que s forme parte del núcleo de significado de H o de la zona de penumbra, aplicar a s la consecuencia C, como resultado de aplicar N, no es ir más allá del significado posible. Sí sería ir más allá el negarle a s tal consecuencia mediante consideraciones valorativas. \square Y qué diría el argumento a contrario ahí? Simplemente que hay que estar al significado de H, el cual comprende a s , al menos mientras se quiera respetar la legalidad establecida y dicha legalidad se entienda basada en textos con significado. Por tanto, el argumento a contrario no va más allá de los significados posibles, sino que defiende que no se vaya más allá.

- Una parte de la teoría italiana de la interpretación, muy influyente, trabaja con la distinción conceptual entre disposición y norma. Tal distinción tiene una indudable utilidad teórica y puede clarificar bien el tránsito del enunciado legal a los enunciados interpretativos del mismo. Según esta distinción, toda interpretación sería productiva, y más si, como a veces se afirma, no existe cosa tal como los significados propios de las palabras de la ley. Es decir, si los términos legales no tienen un significado propio y si la norma la crea la interpretación en cada caso, los contenidos del derecho no los da el legislador, sino el intérprete. Así las cosas, repito, toda interpretación crea una norma que va más allá de los significados posibles del enunciado legal, y más cuando el número de tales significados posibles (en cuanto propios o preestablecidos) es igual a cero. La consecuencia es que no resulta entonces viable trazar coherentemente una distinción entre interpretación de un enunciado legal y creación de una norma nueva, y esto explica que se mezclen indistintamente argumentos interpretativos y creativos, pues todos vienen a hacer lo mismo una vez que el significado posible no marca ningún límite a la actividad del intérprete y aplicador. Por eso puede Tarello mezclar en el listado de argumentos interpretativos los métodos tradicionales de interpretación en sentido estricto con cosas tales como la analogía, los argumentos a fortiori, los de equidad, naturaleza de las cosas, etc. (Tarello 1980, 341ss), incluyendo también el argumento a contrario entre los argumentos de la interpretación. Sólo cuenta la, ineludible, creación de la nueva norma y la lucha, sin límites prefijados, por el resultado. Desde esos presupuestos el argumento a contrario es \square creativo²³¹ \square y no puede asumirse que tal argumento no crea una norma nueva sino que defiende una interpretación que es opción por uno de los significados posibles.

- Hemos visto en los dos párrafos anteriores que la confusión puede provenir de sostener que los términos legales no tienen referencia o que si la tienen no importa porque el intérprete por definición es libre para atribuir cualquier sentido a esos términos. Más coherente es la tesis de quienes piensan que dichos términos sí significan, pero que el límite formal que ese significado implica cede ante las consideraciones sustanciales que reflejan la verdadera esencia valorativa del derecho. Desde un planteamiento así se justifica la afirmación de Lombardi de que tanto la analogía como el argumento a contrario suponen ir más allá del tenor literal de la norma, pues ambas hacen \square decir a la ley algo que ella, por definición no ha dicho \square (Lombardi, 1981, 100). En tal marco teórico, la pugna entre el argumento a contrario y la analogía ya no es entre el respeto a los términos legales, interpretados sin vulnerar sus significados posibles, y la transgresión de esos significados, sino un enfrentamiento abierto entre dos valoraciones contrapuestas de la justa decisión del caso, con base en la consideración valorativa de las semejanzas y diferencias.

3. El argumento a contrario como directamente opuesto a la analogía.

²³¹ En el mismo sentido, Diciotti, E. 1999, 458ss.

Esta afirmación es un auténtico tópico, omnipresente en la doctrina²³². Ya he mencionado que, con arreglo a la concepción que llamo lingüística, estos dos argumentos nunca se enfrentan directamente. Y ello por las siguientes razones: porque cuando el argumento a contrario puede entrar en juego es porque se ha establecido mediante la interpretación previa que no hay laguna para el caso que se discute²³³ y que, por tanto, no ha lugar para que funcione justificadamente la analogía²³⁴, que sería entonces la base de una decisión *contra legem*; y porque cuando la interpretación ha dado que sí hay laguna para el caso, el argumento a contrario no tiene nada que decir para colmarla, pues es un argumento que refuerza la idea de que el caso ha de resolverse según la norma bajo cuyo significado se subsume y estamos diciendo que no hay tal norma y por eso existe laguna.

El presentar ambos argumentos como enfrentados es el resultado de una concepción material del derecho. El esqueleto del razonamiento suele ser así. Tenemos una norma N que establece que el caso F debe recibir la consecuencia C. Y hemos de resolver un caso F' que no cae bajo la referencia de $\square F \square$, pero que guarda algún tipo de similitud relevante con F. \square Cómo se resuelve dicho caso F'? Se dice, desde esta concepción, que la base de esa solución ha de ser la apreciación de si F' merece o no la misma consecuencia C que N establece para F, y ese juicio de merecimiento se basará en la valoración de si la regla de justicia o el valor que da su razón de ser a N (según la versión de la concepción material que se maneje) impone o no que a F' se le aplique C. El argumento a contrario (según este planteamiento) diría que, a tenor de la regla de justicia o del valor jurídico correspondiente, F y F' no son similares y, por tanto, no merecen el mismo tratamiento, por lo que C no se debe aplicar a F'; y el argumento analógico diría que sí lo son y se les ha de aplicar la misma consecuencia C. Con esta manera de ver las cosas, el problema ha dejado de ser de interpretación y es simple y llanamente de valoración de resultados materiales. La decisión de aplicar N no será expresión del respeto a la legalidad contenida en sus términos, con su significado, sino manifestación de acuerdo con el resultado que tal aplicación da para el caso; y a falta de tal acuerdo valorativo, plena admisibilidad de la decisión *contra legem*.

²³² Véase, Larenz/Canaris 1995, 209; Rüthers 1999, 494; Koller 1992, 215; Fikentscher 1977, 285-286; Iturralde Sesma 1989, 191; Lombardi Vallauri 1981, 97ss.

Una excepción: Villar Palasí, 1975, 221ss.

²³³ Como bien apunta Schreiber, cuando el argumento a contrario tiene cabida es precisamente porque \square no puede deducirse ninguna regulación jurídica faltante \square (Schreiber, 1992, 73).

²³⁴ En ese sentido apuntan con acierto Larenz/Canaris 1995, 210.

Desde el desprecio que la concepción material profesa por la semántica y la lógica, se explica también el empeño en presentar, en los casos como el que acabamos de exponer, el argumento a contrario enfrentado con la analogía. Y al llevar dicho enfrentamiento al plano axiológico de la justicia del caso se escamotea hábilmente el problema del principio de legalidad y de la decisión *contra legem*. Veámoslo brevemente. Tal como deliberadamente he presentado el caso anterior, el argumento a contrario como tal nada puede suponer contra la aplicación de la consecuencia C a F' si es que respecto de F' existe una laguna. En tal caso, el juicio valorativo sobre la relevancia de la similitud entre F y F' es determinante de la pertinencia o no de la aplicación analógica de C a F', pero si tal juicio, en el que el argumento a contrario no comparece, concluye que no existe tal semejanza valorativamente relevante, la analogía no se justifica, pero porque no se da su condición esencial, no porque haya obrado en contra el argumento a contrario. Salvo, claro, que llamemos argumento a contrario al siguiente esquema de razonamiento: i) dos casos que sean similares en lo que valorativamente importa deben recibir un tratamiento igual, y dos casos que no sean similares en lo que valorativamente importa no deben recibir un tratamiento igual; ii) los casos *a* y *b* no son similares en lo que valorativamente importa; iii) la norma N establece que el caso *a* debe recibir el tratamiento C; luego, □a contrario sensu□, el caso *b* no debe recibir el tratamiento C.

En realidad así es como se representa el papel del razonamiento a contrario en las concepciones materiales del derecho²³⁵. Pero del mismo hay que decir que ya no se trata de un argumento □jurídico□, sino de sentido común o de razón práctica, según como se mire, pues el juicio no se realiza en términos de legalidad o ilegalidad, sino de justicia sustancial; que no es así como en la práctica jurídica suele utilizarse; y, desde luego, que así visto pierde todo el sentido la afirmación tan habitual de que el argumento a contrario es un argumento de fidelidad al texto legal, de interpretación restrictiva, de respeto al legislador²³⁶, etc. Es, simplemente, trivial, porque lo sustancial se resuelve en la ponderación de valores que determina que el argumento, en tales términos, sea aplicable o no.

La relación que en la práctica jurídica se da entre el argumento a contrario y el principio de legalidad, esa que se escamotea con los anteriores planteamientos, sólo se capta adecuadamente si no se pierde de vista que sólo representa un razonamiento correcto cuando la norma tiene (o recibe mediante una interpretación que fije así uno de sus significados posibles) la estructura formal de un bicondicional, como luego consideraremos con más calma. Por eso decía que la norma N anterior debe ser reformulada así para que el argumento a contrario funcione negando la posibilidad de una analogía *contra legem*. N: □Si y sólo si es el caso que F debe imponerse la consecuencia C□. Esa norma sí veta que al caso F', no subsumible bajo el término □F□, pueda extenderse la consecuencia C mediante la creación de una norma N' que ligue dicha consecuencia a F'. Solamente si es tal la estructura de N, el aplicar a F' la consecuencia C sobre la base de la justicia del caso en razón de la similitud valorativamente relevante de F' y F es una decisión *contra legem*. Los defensores de la concepción material tácitamente suelen asumir la admisibilidad de tal decisión *contra legem*, pero raramente lo dicen con todas las letras.

3. El argumento a contrario como instrumento para colmar lagunas.

Ya he insistido suficientemente en lo desenfocado de tal aserto, también muy común²³⁷. Sólo es necesario poner de relieve que quienes ven en el argumento a contrario un medio para justificar decisiones en caso de laguna manejan un muy determinado concepto de laguna: no laguna como falta de regulación legal de un supuesto, sino laguna como falta de mención o como laguna axiológica. Sobre lo primero no voy a volver. Lo segundo requiere poca explicación.

²³⁵ Buenas ilustraciones de este modo de razonar pueden verse con claridad en Looschelders/Roth 1996, 100-102; Heller 1961, 135; Feteris 1999, 8; Bydlinki 1991, 476-477. Con tal idea coquetea, un tanto dubitativo, Aarnio 1991, 151-152. Del modo más radical ese enfoque está presente en Lombardi Vallauri 1981, 98ss.

²³⁶ Tales afirmaciones en Tarello, 1980, 346ss. Lo sigue ampliamente Ezquiaga Ganuzas 1987, 165ss.

²³⁷ Véase, por ejemplo, Röhl 1995, 651.

Para la concepción lingüística hay una laguna cuando un caso no es subsumible bajo alguno de los significados posibles de alguna norma, *una vez interpretadas* con respeto a las reglas semánticas y sintácticas y vistas en su contexto regulativo²³⁸ las que, en principio, pudiera pensarse que vienen a cuento, si es el caso.

La concepción material del derecho toma en cuenta el dato de que el enunciado legal abarque o no el caso a resolver, pero no es eso lo determinante. Lo determinante, para esta concepción, es que la norma contenga o no la solución justa para el caso que se enjuicia y eso ocurre, al menos en buena medida, al margen de la semántica y la sintaxis (y de la lógica). Cuando un caso no recibe en los enunciados legales la solución justa, estaríamos ante una laguna. Esto puede suceder cuando:

- Los enunciados legales no prevén ninguna solución para el caso: se argumentará la decisión más aceptable valorativamente, integrando el derecho. Aquí el argumento a contrario no tiene nada que decir (salvo en la versión deformada que acabamos de ver), por lo que en modo alguno concurre como alternativa para colmar esa laguna.

- Un enunciado legal establece una solución para el caso, pero tal decisión (en cualquiera de sus interpretaciones posibles y compatibles con el significado lingüístico) se estima contraria a la justicia o el valor determinante de que se trate: se subsumirá el caso bajo tal valor y se dictará la consiguiente solución por él requerida, al margen de las palabras de la ley y sus significados. Aquí el argumento a contrario aparecería para mantener que la regulación del caso es la que establece aquel enunciado, no otra. Pero *no está colmando la laguna, sino negando que exista*. El enfrentamiento ahí entre quien mantenga el argumento a contrario y quien propugne, por valorativamente mejor, la decisión *contra legem* del caso, tiene lugar en planos diferentes: no en el de la discusión de la justa decisión del caso, sino en el de la concepción de base del derecho. El argumento a contrario lo invocará quien entienda el principio de legalidad como respeto a los significados posibles de los enunciados legales y, además, tenga un punto de vista favorable a valores tales como la certeza del derecho, el principio de separación de poderes, el respeto al legislador democrático, la soberanía popular, etc. Y a él se opondrá quien por encima de todas esas consideraciones sitúe un orden axiológico que no puede ser cuestionado por obra de ningún género (tampoco el democrático) de poder y soberanía, orden cuya certeza se tiene por más patente y accesible, tanto para jueces como para ciudadanos, que la dudosa semántica de los enunciados legales o sus consecuencias lógicas. Claro, si les preguntamos a continuación para qué se supone que sirve entonces el legislador, con toda la parafernalia de elecciones, parlamentos, etc., y para qué entretenerse en sancionar, promulgar y publicar textos legales, se nos responderá (o se nos debería responder con sinceridad) que para servir a la verdad. En derecho, la fe no mueve montañas, pero puede convertir códigos enteros en □ maculatura □.

III. Tesis sobre el argumento a contrario.

Trataré ahora de sistematizar las tesis que he venido defendiendo como base de las críticas anteriores. Cabe resumirlas en dos: i) el argumento a contrario sólo es válido como sustento de una solución cuando toma pie en una norma cuya estructura es la del bicondicional, y ii) dicho argumento es tributario de la previa interpretación, pero no interpretativo en sí mismo.

²³⁸ Téngase en cuenta que el significado de la norma no es sólo el de los términos con que tipifica el supuesto de hecho o las consecuencias jurídicas, sino también el significado de sus conectores, pues, como hemos visto, no es lo mismo que se trate de un condicional simple, un bicondicional, etc. Insiste en el papel central de este objeto de interpretación Amato 1969, 398.

1. El argumento a contrario y las normas como bicondicionales.

Esta tesis no es en absoluto original. Klug la planteó ya con toda claridad desde la primera edición de su *Lógica jurídica*. Muchos otros la acogieron más tarde²³⁹

Lo que se sostiene con esta tesis es el carácter lógicamente defectuoso del razonamiento que □aplique□ a contrario una norma cuya estructura sea la del condicional simple, □si...entonces□.

Véámoslo con algún ejemplo de nuestra jurisprudencia constitucional. El art. 9.3 de la Constitución dice que □La Constitución garantiza...la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales□. □Se contiene, a contrario sensu, en ese artículo alguna regulación para el caso disposiciones sancionadoras favorables, determinando si deben o no ser retroactivas? El Tribunal Constitucional ha dicho que sí, que tal caso está regulado a contrario por dicho precepto constitucional²⁴⁰. □De qué modo se extrae tal conclusión de aquel artículo? □Se □impone□ a contrario sensu realmente?

Podemos representar así la referida norma, siendo SNF □disposición sancionadora no favorable□ y R retroactividad (por tanto, □R = irretroactividad):

SNF □ O □ R

□Cómo cae bajo ese *dictum* una disposición sancionadora favorable? El razonamiento que lleva a cabo el TC tendría esta estructura (usamos SF por □disposición sancionadora favorable□):

1. SNF □ O □ R

2. SF

3. OR

En tales términos lógicos, la conclusión es lógicamente arbitraria. Pero eso no cambia si añadimos una premisa 2. con la negación del antecedente de 1.:

1. SNF □ O □ R

2. □SNF

3. SF

²³⁹ Véase Koch/Rüßmann 1982, 260-261 (En la teoría de Koch y Rüßmann, quienes tratan de fundamentar la estructura deductiva de cualquier razonamiento jurídico correcto, el carácter de bicondicional que ha de tener la premisa primera normativa se aplica en todo caso, no sólo en este que estamos viendo. □Resulta que la premisa primera de un razonamiento jurídico decisorio, la norma condicional universal, tiene que ser concebida como *bicondicional* si ha de poder obtenerse un enunciado sobre la consecuencia jurídica tanto para el caso de que se cumpla como de que no se cumpla el supuesto de hecho -ibid. 55-. Para la justificación de este planteamiento, ibid. 48ss. Un resumen de los problemas de esta teoría y de algunas críticas que ha recibido, puede verse en Ratschow 1998, 134ss); Herberger/Simon 1980, 60ss.

²⁴⁰ En su Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, el TC manifiesta (f.j.3) que □El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (...) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las □disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales□. Interpretando □a contrario sensu□ este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable□.

4. OR

La Constitución guarda silencio respecto de la retroactividad o no de las disposiciones sancionadoras favorables, y de ese silencio no se sigue nada para ellas²⁴¹. La norma expresada en 4. es una invención del Tribunal, invención que puede considerarse avalada por buenas razones morales o políticas, pero no por argumentos de otro género. La Constitución no dispone nada sobre si deben o no ser retroactivas las disposiciones sancionadoras favorables²⁴².

□ Cambia algo si reformulamos la norma expresada en 1 como bicondicional? Veamos que no:

1. SNF □ O □ R

2. □ SNF

3. □ O □ R

Es claro que □ no obligatorio no R □ equivale lógicamente a □ permitido R □ y □ permitido no-R □, pero en ningún caso a □ prohibido R □. O sea, que de la negación de que una norma sancionadora sea desfavorable, esto es, de la afirmación de que sea favorable, no se sigue con arreglo a 1 que sea obligatoria para ella la retroactividad. Es lógicamente inválido el siguiente razonamiento:

1. SNF □ O □ R

2. □ SNF □ SF

3. OR

El razonamiento sólo sería válido si a la norma recogida en 1 se le añadiese una previsión relativa a SF:

²⁴¹ El tema no es pacífico. En su voto particular a la STC 203/1994, de 11 de julio, el Magistrado Cruz Villalón mantiene que el mandato de retroactividad de la norma penal favorable estaría contenido en el art. 25.1 CE. La cuestión es de suma relevancia práctica, pues según que tal mandato se extraiga de un precepto u otro, su vulneración será o no susceptible de amparo. Como se lee en la STC 15/1981, de 7 de mayo (f.j. 7), □ La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, a □ contrario sensu □ en el artículo 9.3 de la Constitución que declara la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. No es, pues invocable, en vía de amparo, reservada a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución □. La misma posición se puede comprobar, por ejemplo, en las SSTC 131/1986, de 29 de octubre (f.j. 2), 22/1990, de 15 de febrero (f.j. 7).

²⁴² Sería improcedente mantener que existe por ello una laguna. La Constitución pone límites a la actividad posible de los poderes públicos (en este caso del legislador y los jueces). En lo que no los limita, les reconoce libertad para regular los asuntos de un modo u otro, en este caso, para establecer en la ley el carácter retroactivo o no de la disposición sancionadora favorable que la ley contenga. En cambio, para la concepción material, si la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables es un mandato de justicia y la Constitución es antes que nada constitución material, expresión, tácita o explícita, de ciertos valores, de la Constitución se puede extraer contenidos que en modo alguno enuncia.

1. (SNF □ O□R) □ (SF □R)

De ese modo sí se contendría en la norma una regulación perentoria de todos los casos posibles de normas sancionadoras en cuanto a los efectos de su favorabilidad sobre la retroactividad. Pero, repito, la segunda parte de esa fórmula no se contiene en el art. 9.3.

□Qué consecuencia extraemos para nuestro tema? Que el argumento a contrario juega ahí en falso, que no tiene ninguno de sus sustentos posibles (la semántica más la lógica del razonamiento en que se aplica), y que es un puro subterfugio retórico para proporcionar una pseudojustificación de la creación de una nueva norma constitucional, que, si pudiera estar justificada, tendría que estarlo sobre otros argumentos o razones, y eso admitiendo que el TC pueda crear normas constitucionales.

□Y no venimos sosteniendo, con la que estimamos mejor doctrina, que el argumento a contrario puede jugar sólo y siempre que la norma tiene la estructura del bicondicional? La respuesta es que sí, en efecto, pero no de cualquier manera. Y en este caso jugaría de la manera opuesta a la que engañosamente muestra el TC. Si el art. 9.3 se interpreta²⁴³ en términos de □*si y sólo si* una norma sancionadora es no favorable es obligatoria la irretroactividad de esa norma□, lo único que a contrario puede mantenerse válidamente es que □*si* una norma sancionadora es favorable no es obligatoria la irretroactividad de esa norma□. Por tanto, a la única pretensión a la que dicho argumento se opondría sería a la que sostuviera que una norma sancionadora favorable es obligatoriamente irretroactiva. Es decir, sólo puede defender que puede esa norma ser retroactiva, pero no determina que deba serlo. O sea, lo contrario de lo afirmado por el TC.

Este que estamos analizando es un ejemplo de cómo una decisión que valorativamente nos resulta grata se dota de un fundamento erróneo y falsamente objetivo. Se quiere presentar con la fuerza de la semántica y la lógica lo que precisamente desde ellas se desautoriza²⁴⁴.

²⁴³ Hay que insistir en que tal interpretación es previa y habría de hacerse con los argumentos interpretativos admisibles y oportunos. Que resulte convincente o no, no depende de ningún argumento a contrario.

²⁴⁴ Puede ser interesante plantear el asunto también desde el prisma de la coherencia decisoria. No olvidemos que el art. 9.3 recoge también □la irretroactividad de las disposiciones... restrictivas de derechos individuales□. Si el argumento a contrario que el TC usa para establecer la obligatoriedad de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables fuera válido, tendría que serlo también para fundar la obligatoria retroactividad de las disposiciones ampliatorias de derechos individuales, lo que en la práctica significaría un caos jurídico inimaginable. Pero, entonces □por qué en un caso sí y en el otro no? Porque en el primer caso el argumento a contrario es una pura fórmula retórica que encubre las consideraciones axiológicas que verdaderamente cuentan para el TC. Mas no es correcto querer dotar falsamente del rigor de la lógica algo que forma parte de lo opinable. El declarar la obligatoriedad constitucional de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables o bien se basa en otros preceptos constitucionales que la sustenten (lo cual no sería, en principio, descartable) o bien deja de ser aplicación de la Constitución y pasa a ser creación de nuevas normas constitucionales. Y el problema de legitimidad política que esto plantea no debe quedarnos oculto por la simpatía que nos despierte el carácter □progresista□ de la decisión.

Veamos ahora un segundo ejemplo, también de nuestra jurisprudencia constitucional. El art. 25.3 CE dice que ☐La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad☐. El TC, en su Sentencia 21/1981, de 15 de junio (f.j.8), dice que ☐La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del artículo 25.3 se deriva ☐a sensu contrario☐ que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Y el artículo 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos☐.

Si el art. 25.3 significa que ☐si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad☐ (AC ☐ O☐SPL), estamos ante un condicional que no impone ni excluye ninguna solución para otros supuestos, que nada ☐dice☐ ni significa para la Administración Militar. Negando el antecedente no se niega lógicamente el consecuente.

☐Qué ocurriría si interpretáramos esa norma como bicondicional (si y sólo si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad☐? AC ☐ O☐SPL. Aquí negar el antecedente implica negar el consecuente:

1. AC ☐ O☐SPL

2. AM ☐ ☐AC

3. AM

4. ☐O☐SPL

La conclusión expresada en 4., lógicamente correcta, nos dice pues que (dado 3., Administración Militar) no es obligatorio no imponer sanciones privativas de libertad, lo que equivale a que está permitido imponer sanciones privativas de libertad.

En este caso vemos que el argumento a contrario está correctamente empleado, pero a condición de que sea admisible la interpretación previa que lo sustenta, interpretación de la norma en términos de ☐si y sólo si☐. Por el hecho de aplicar el argumento a contrario de modo lógicamente competente, el Tribunal no tiene garantizada la corrección de su decisión. Para que lo esté, repito, hay que ver si realmente da argumentos interpretativos a ese respecto o si falazmente los sustituye por la mera apariencia de interpretación que da el argumento a contrario.

Un ejemplo de decisión que hace uso del argumento a contrario sobre la base de una interpretación de la norma en términos de ☐si y sólo si☐ y que justifica dicha interpretación con argumentos interpretativos bien desarrollados, lo ofrece la STC 184/1994, de 20 de junio. La norma es el art. 894.1 de la LECrim., según el cual la incomparecencia injustificada de los defensores de las partes no será motivo de suspensión de la vista. En el caso que se examina se planteaba la cuestión de si debe ser causa de suspensión de la vista la incomparecencia *justificada* de los defensores (en el caso, el defensor tenía señalada otra vista de casación para el mismo día y hora, lo cual el propio tribunal, en la sentencia que motiva el amparo, había reconocido como causa justificada de incomparecencia). Representemos así el art. 894.1 LECrim. (II = incomparecencia injustificada de defensores; SV = suspensión de la vista):

II ☐ ☐SV

En tales términos, como condicional simple, nada se sigue para el caso de incomparecencia justificada (IJ), como ya sabemos. Pero el TC realiza un razonamiento a contrario y extrae del art. 894.1 el mandato de que debe ser motivo de suspensión la incomparecencia justificada. Para ello, está interpretando dicho artículo en términos de ☐si y sólo si la incomparecencia de los defensores es injustificada no será esa incomparecencia motivo de suspensión de la vista☐. Es decir:

II ☐ ☐SV

Y el razonamiento queda de la siguiente forma, lógicamente correcta:

1. II ☐ ☐SV

2. IJ ☐ ☐II

3. IJ

4. □(□SV)

La interpretación del art. 894.1 LECrim. en la forma reflejada en 1. la sustenta en TC en diversos argumentos atinentes a □principios como el de contradicción y de igualdad entre las partes que han de presidir el procedimiento penal en cualquier instancia□ (f.j. 3). Se podrá opinar sobre el carácter convincente o no de dicha justificación de aquella interpretación, pero no se puede discutir que se ofrezcan razones admisibles para la misma y que el razonamiento a contrario que sobre ella se lleva a cabo es correcto. Quien quiera desactivarlo deberá atacar aquellos argumentos interpretativos y fundar una interpretación diversa.

En suma, tenemos que el argumento a contrario se constituye en determinante de la corrección del fallo cuando o bien el propio enunciado de la norma tiene el carácter de □si y sólo si□, o bien mediante la interpretación se le asigna dicho carácter en términos generales²⁴⁵. Sobre esa base, tienen razón los que dicen que el argumento posee cierto carácter trivial, pues no es sino explicitación de una consecuencia que se impone con necesidad lógica²⁴⁶. Para cualquier concepción del razonamiento jurídico decisorio que admita que éste sólo puede ser correcto (condición necesaria, aunque no suficiente) cuando es respetuoso con las reglas de la lógica, no será correcta la decisión que se base en una aplicación lógicamente defectuosa del argumento a contrario. Pero con esto de ninguna manera se quiere indicar que la lógica aporte nada más que esto. En sí, el argumento a contrario sólo puede ser atacado o admitido por razones de corrección lógica de su aplicación, pero tal cosa no quiere decir que toda decisión que aplique de manera lógicamente correcta dicho argumento sea ya, sin más, una decisión correcta y admisible. Pues ya sabemos que la corrección material de la decisión o su admisibilidad requerirá que se entienda correcta o admisible la interpretación de la norma de base, interpretación en términos de bicondicional que habilita el uso del argumento a contrario. Cuestionado el resultado de esa interpretación, se cuestiona la conclusión que se infiere mediante lo que se llama el razonamiento a contrario.

No es extraño que los que propugnan una concepción material del derecho nieguen que el razonamiento a contrario exija la estructura bicondicional de la norma²⁴⁷. Para ellos, las reglas de la

²⁴⁵ La cuestión se suscita a menudo cuando el enunciado legal contiene una lista de objetos o acciones a los que se liga la consecuencia jurídica. El problema interpretativo, a falta de expresiones como □sólo□, □únicamente□ o similares, será determinar si esa lista constituye una enumeración meramente ejemplificativa o exhaustiva, pues sólo en este último caso cabe trabajar con el argumento a contrario (véase Herberger/Simon 1980, 61-62; Canaris 1983, 48). Un ejemplo.

La STC 102/1995, fj 30, al enjuiciar en conflicto de competencias la constitucionalidad del art. 33.1 del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, que desarrolla en materia de caza y pesca la Ley 4/1989, relativa a la normativa básica de protección del medio ambiente, parte de que en dicho artículo 33.se dice que se considera □objeto de caza y pesca las especies que se relacionan en los anexos I y II□. Y mantiene el TC: □A contrario sensu las especies excluidas de ellos no pueden ser capturadas o muertas□, diciendo que se trata, pues, de una □prohibición implícita□. Por tanto, esa relación de especies es una lista cerrada, y la corrección de tal interpretación se acredita fácilmente tomando en cuenta que el art. 33.1 de aquella Ley 4/1989 dice que □La caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza y pesca□. No hay, pues, ninguna laguna respecto de las especies no mencionadas: rige la prohibición de su caza y pesca.

Más claramente aún, la STC 138/1994, fj.4, dice que no se puede aplicar la analogía a una lista exhaustiva contenida en la norma (en este caso, las causas de recusación de un magistrado ex 219.10 LOPJ).

Es interesante preguntarse qué ocurre cuando la lista es o se interpreta como abierta. □Hay una laguna respecto de lo que no se enumera pero es similar a lo que se enumera? Sugerentemente dice Pattaro que no es que se aplique la analogía, sino que el caso se subsume bajo la norma que se construye inductivamente a partir de los ejemplos enumerados: bajo un principio (Pattaro 1988).

²⁴⁶ Sin embargo, Herberger/Simon (1980, 63) sostienen que el argumento tiene su propia utilidad, pues □el razonamiento a contrario es necesario justamente para el control de la previa interpretación, pues hace ver qué consecuencias tiene la asunción de una replicación (o equivalencia)□.

Horovitz, en su crítica a las tesis de Klug sobre este tema, asigna ese carácter trivial y carente de interés al argumento a contrario lógicamente correcto que, así, no sería el □argumento especial□ que interesa en la argumentación jurídica. Como tal argumento especial interesa sólo en su disputa con la analogía y ahí el merecimiento de un trato y otro, y no la corrección en términos de lógica formal, sería lo relevante (vid. Horovitz 1972, 32ss, especialmente 44ss.). Una buena síntesis de la polémica entre Horovitz y Klug puede verse en Atienza 1986, 101-103.

²⁴⁷ Así, Lombardi Vallauri 1981, 99.

lógica no pueden constituir un límite a la realización de la justicia. Si una norma *N* dice «única y exclusivamente poseerán el derecho *D* los sujetos que se encuentren en las situaciones *a* o *b* o *c*» y hay un sujeto que no se halla en ninguna de esas situaciones, pero se encuentra en la situación *d* que, por su similitud esencial desde un punto de vista valorativo con cualquiera de las otras situaciones, se considera que en justicia es acreedor al disfrute del mismo derecho *D*, se dirá desde esta concepción que el juez debe reconocer a dicho sujeto tal derecho, aunque del tenor de la norma («si y sólo si...») se siga lo contrario, es decir, aunque razonando a contrario a partir de ese tenor se imponga con contundencia lógica lo opuesto²⁴⁸.

2. Dependencia del argumento a contrario respecto de la previa interpretación de la norma.

²⁴⁸ Estamos ante lo que, en los términos de Engisch, o bien es un ejemplo de derecho natural clásico o general-abstracto, o bien de «derecho natural individualizador», descrito por ese autor así a propósito de Stammler: «propiamente para *este* caso, y para *esta* situación específica, es justo *esto* y sólo *esto*, mientras que, en otras circunstancias o «en general» puede valer otra cosa como «derecho justo» (Engisch, 1968, 403).

También esta tesis ha sido resaltada ampliamente por la mejor doctrina²⁴⁹, y en particular por los cultivadores de la lógica jurídica. Así, Kalinowski plantea el tema con singular claridad, cuando dice que el argumento a contrario "es un raciocinio que explicita el sentido de la expresión cuantificadora "solamente" o de uno de sus sinónimos, tales como "únicamente", "exclusivamente", "....sólo... que", etcétera, empleados *expressis verbis* por el legislador, o que permanecen sobreentendidos" (Kalinowski 1973, 176). Y añade que "difícilmente se puede hablar aquí de interpretación del derecho. Porque la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador "solamente", que hace posible la aplicación de la regla arriba mencionada" (ibid., 178).

Así pues, el argumento a contrario no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que los argumentos interpretativos deben ser usados con anterioridad a que sea posible echar mano del argumento a contrario, ni un argumento creativo, pues no produce una norma nueva, sino que saca las consecuencias de la norma preexistente interpretada. El resultado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el intérprete maneje. Aquí nuevamente se percibirá el enfrentamiento entre las tres concepciones que hemos esquemáticamente retratado.

Para la concepción intencionalista de la interpretación jurídica, hay que estar a la voluntad del legislador, más allá de la semántica del enunciado legal, para establecer si la norma liga al supuesto una consecuencia en términos de "solo si", excluyendo dicha consecuencia para otros supuestos²⁵⁰. Es curioso que son muchos los autores que, sin adscribirse a esta concepción, sin embargo describen esa interpretación habilitante del argumento a contrario en términos de voluntad del legislador.

²⁴⁹ Véase, Klug 1998, 183; Soeteman 1989, 239; Herberger/Simon 1980, 60ss.; Henket 1992, 156ss.; Amato 1969, 399-400.

²⁵⁰ Con toda claridad en este sentido, Zimmermann 1954, 626-627.

Para la concepción material son las razones de valor las que, también más allá de los límites semánticos, determinan que un caso deba recibir o no la consecuencia establecida en la norma. Una postura tal puede mantenerse de modo abierto y coherente o de manera más larvada y, a veces, incurriendo en contradicciones. Buen ejemplo de lo primero es de nuevo Kalinowski, para quien esa interpretación, guiada por la prudencia, tiene que tomar en cuenta □la naturaleza de las cosas, con el fin de asegurar no solamente el respeto del derecho positivo, sino también su armonía total con el derecho natural. Es esta prudencia, que se ejerce a través de las reglas que ella ha producido, la que conduce al intérprete del derecho a explicitar y en caso de necesidad a desarrollar o aun a modificar el texto de la ley. Es ella la que le inspira las suposiciones gracias a las cuales se realiza la obra fundamental y esencial de la interpretación del derecho y que permiten luego la aplicación de una regla lógica del raciocinio *a contrario* en el caso del argumento *a contrario*. Porque es obedeciendo a estas reglas extra-lógicas de la prudencia jurídica que el intérprete del derecho, antes de seguir las reglas lógicas correspondientes, sobreentiende en el texto interpretado (...) en el caso del argumento *a contrario* la cláusula restrictiva □solamente□□ (Kalinowski 1973, 179). Como dice Peczenik, la decisión sobre si se debe dar prevalencia a la analogía o al argumento a contrario □depende de que en la concreta situación se dé prioridad a la seguridad jurídica o a la justicia, o, en un sentido más amplio, de cómo se vea la relación entre *descripción de las fuentes del derecho y su justificación moral*□ (Peczenik, 1983, 110-111). La concepción material del derecho pasa las fuentes por el filtro de la moral- pretendidamente objetiva- del intérprete, para imponer la justicia del caso y al margen no sólo de la seguridad jurídica, sino también de cualquier teoría política de la legitimidad democrática.

Para la concepción lingüística, el tenor literal, esto es, los *límites* marcados por la semántica, traza el marco de las interpretaciones posibles. Así, por poner un ejemplo radical en que tales límites resulten bien patentes, si una norma N dice que □únicamente los X y nada más que los X tendrán derecho a D□, es obvio, para esta concepción, que otorgar tal derecho a quien no forma parte de la referencia de □X□ supone vulnerar palmariamente N, pues es difícilmente discutible el evidente significado de □únicamente ... y nada más□. Así como para la concepción intencionalista o material el argumento a contrario, basado en los límites de significado posible de la norma, es un obstáculo, por lo que sólo admiten que su uso es correcto cuando lo querido por el legislador o lo valorativamente correcto coincide con ese significado posible, para la concepción lingüística el argumento a contrario funciona como guardián de la no vulneración del significado posible de la norma y como opuesto, por tanto, a la creación de una norma nueva para un caso subsumible bajo la norma existente. Por expresarlo de otra forma, este argumento, cuando se dan las condiciones para que opere, es un argumento de defensa del principio de legalidad²⁵¹. Que la legalidad merezca o no ser defendida, es cuestión que cada cual juzgará desde sus particulares concepciones del bien y de la sociedad, si bien ya se habrá percibido que quien suscribe simpatiza con el respeto a la legalidad *democrática*, respeto compatible con la generosidad ante la desobediencia civil que cumpla con sus más propios requisitos.

Por último, se ha de señalar que la concepción lingüística no excluye la presencia de argumentos y consideraciones finalistas, de justicia, intencionalistas, etc. en la interpretación de las normas jurídicas y, por supuesto, también en la interpretación que hace o no posible la invocación del argumento a contrario. La diferencia está en que tales argumentos concurren legítimamente para fundar o justificar la opción por una de las interpretaciones posibles, es decir, compatibles con la semántica del enunciado normativo leído en su contexto²⁵², pero no para justificar la palmaria vulneración de los límites del lenguaje en nombre de ninguna de aquellas razones.

²⁵¹ Muy interesantes consideraciones sobre la relación entre argumento a contrario y principio de legalidad, siendo éste la base del límite que desde aquél se plantea a la analogía, en Pattaro, E., 1988, especialmente 155ss.

²⁵² Un buen ejemplo de cómo la interpretación sistemática y contextual de un precepto puede impedir la operatividad del argumento a contrario lo ofrece la STC 209/1993, de 28 de junio. Muestra que si bien la lectura aislada del art. 97 del anterior Código Penal podría permitir que jugara el argumento a contrario para autorizar la condena condicional en los casos en que la pena principal fuera de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, la lectura conjunta con el art. 93 impide tal conclusión, pues sólo autoriza la suspensión de pena en los casos de penas privativas de libertad (vid. f.j. 6).

Referencias.

- Aarnio, A. 1991. *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Amato, N. 1969. *Logica simbolica e diritto*, Milán, Giuffè.
- Atienza Rodríguez, M. 1986. *Sobre la analogía en el Derecho*, Madrid, Civitas.
- Bydlinski, F. 1991. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, Springer, 2ª ed.
- Canaris, C-W. 1983. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2ª ed.
- Diciott, E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli.
- Engisch, K. 1968. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.
- Ezquiaga Ganuzas, F.J., 1987. *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.
- Falcón y Tella, M. J. 1991. *El argumento analógico en el Derecho*, Madrid, Civitas.
- Feteris, E.T. 1999. *Fundamentals of Legal Argumentation*, Dordrecht, etc., Kluwer.
- Fikentscher, W. 1977. *Methoden des Rechts. Band IV. Dogmatischer Teil*, Tübingen, Mohr.
- Heller, T. 1961. *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, De Gruyter.
- Henket, M. 1992. "On the logical analysis of judicial decisions", en *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, pp. 153-164.
- Herberger, M., Simon, D. 1980. *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt M., Alfred Metzner.
- Hernández Marín, R. 1998. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
- Horowitz, J. 1972. *Law and Logic. A Critical Account of Legal Argument*, Wien, New York, Springer.
- Iturralde Sesma, V. 1989. *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos.
- Klug, U. 1998. *Lógica jurídica*, Santa Fe de Bogotá, Temis, reimpr.
- Koch, H-J., Rüßmann, H. 1982. *Juristische Begründungslehre*, München, Beck.
- Koller, P. 1992. *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Wien, etc., Böhlau.
- Larenz, K., Canaris, C-W. 1995. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, etc., Springer, 3ª ed.
- Lombardi Vallauri, L. 1981. *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam.
- Looschelders, D., Roth, W. 1996. *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Nawiasky, H. 1962. *Teoría general del Derecho*, Madrid, Rialp.
- Pattaro, E., 1988. "La completezza degli ordinamenti giuridici e i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVIII-1, pp. 145-161.
- Pawlowski, H-M. 1981. *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg/Karlsruhe, C.F.Müller.
- Peczenik, A. 1983. *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien/New York, Springer.
- Ratschow, E. 1998. *Rechtswissenschaft und formale Logik*, Baden-Baden, Nomos.
- Röhl, K.F. 1995. *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, etc., Heymann.
- Ross, A. 1994. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 5ª ed.
- Rüthers, B. 1999. *Rechtstheorie*, München, Beck.
- Schreiber, R. 1992. *Lógica del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2ª ed.
- Soeteman, A. 1989. *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer.
- Spindel, G. 1957. "Der sogenannte Imkehrschluß aus § 59 StB nach der subjektiven Versuchstheorie", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 69.
- Tarello, G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè.

- Villar Palasí, J.L., 1975. *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos.
- Zimmermann, T. 1954. □Analogie oder Umkehrschluß?□, en *NJW*, pp. 624-627.

dpbaga@unileon.es

ESQUEMA DE RELACIONES INTERPRETACIÓN/SUBSUNCIÓN

Enunciado normativo (N): “En las recepciones en la Casa Real será obligatorio para los varones el uso de corbata”.

Escala de casos, de mayor a menor dificultad para la subsunción. Los casos claros o fáciles se representan con fondo blanco. A más oscuro el fondo, mayor dificultad de la subsunción.

- (1)

Corbata standard
- (2)

Corbatín
- (3)

Pajarita
- (4)

Pañuelo de cuello
- (5)

Camisa con botón abrochado, sin más.
- (6)

Descamisado
- (7)

Corbata con colores de la República e inscripción “abajo la Monarquía”

DESGLOSE Y ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS.

Hay tres casos claros: (1), (5) y (6).

- El caso (1) es claro porque el hecho es un candidato positivo. El hecho cae en el núcleo de significado del enunciado normativo que impone llevar "corbata". Llevar puesta *de modo normal* una corbata perfectamente normal y típica, de la que nadie, en serio y utilizando el lenguaje con rigor y según los usos de nuestro tiempo, dudará que es una corbata, supone cumplir con el supuesto de la norma. En otros términos, el hecho se subsume bajo el supuesto de hecho del enunciado normativo sin lugar a gran discusión. Cualquiera estará de acuerdo en que el juez u operador jurídico que diga que el sujeto que porta esa corbata incumple la obligación de llevar corbata en las recepciones estará calificando el caso de manera contraria a la ley.

- Los casos (5) y (6) son casos claros porque en ambos nos hallamos ante candidatos negativos, ante atuendos que caen sin discusión fuera de la referencia de la expresión "uso de corbata". Tanto el que lleva abrochada su camisa, pero sin corbata encima (5), como el que va meramente descamisado (6), incumplen, *si no concurre ninguna circunstancia perfectamente anómala*, la obligación de llevar corbata.

- Los casos (2), (3) y (4) son casos dudosos, pues los supuestos que los conforman caen en la zona de penumbra. Los casos dudosos admiten soluciones contrapuestas, lo que aquí quiere decir que tanto puede considerarse que quien lleva corbatín (2), pajarita (3) o pañuelo de cuello (4) cumple la obligación de "usar corbata" como que no la cumple.

¿De qué dependerá, entonces, la concreta solución que se dé a esos casos, el sí o el no? De la interpretación que se haga del término "corbata". Utilizando la imagen cromática con la que ilustramos los siete casos que examinamos, podemos decir que en términos de decisión jurídica el caso o se subsume bajo el blanco o bajo el negro. Por tanto, los casos en distintos tonos de gris – (2), (3) y (4)– hay que repintarlos en blanco o en negro, hay que asimilarlos al cumplimiento –blanco– o al incumplimiento –negro–. Obviamente, cuanto más claro sea el gris (2), más fácil será asimilarlo al blanco y más difícil al negro. Y cuanto más oscuro el gris con que se pinta el caso, más fácil asimilarlo al negro y más difícil al blanco.

¿Qué es lo que hace que esa respectiva interpretación (y la consiguiente decisión de ella dependiente) sea correcta o incorrecta –o al menos, más convincente o menos convincente? Respuesta: la calidad de los argumentos con los que dicha interpretación se justifique. Y, continuando con nuestra ilustración cromática, esos argumentos tendrán que ser tanto más firmes y bien fundados cuanto más se aleje el matiz del gris del blanco o el negro al que se asimilan.

Representamos lo mismo con los siguientes cuadros. El más exterior, negro, representa la zona de los casos que caen fuera de toda referencia posible del enunciado normativo. El más interior, blanco, representa los casos que sin discusión caen en la referencia del enunciado normativo, que forman parte de su núcleo de significado.

(6) DESCAMISADO
(5) CAMISA ABROCHADA, SIN CORBATA, ETC.

(4) PAÑUELO DE CUELLO

(3) PAJARITA

(2) CORBATÍN

(1)
CORBATA NORMAL

Una interpretación de N es máximamente extensiva cuando trata como corbatas los casos (2), (3) y (4).

Una interpretación es máximamente restrictiva cuando sólo trata como corbata el caso (1).

En nuestros términos cromáticos, una interpretación es tanto más extensiva cuanto más grises equipara al blanco, lo que equivale a decir cuantos más casos dudosos trata como candidatos positivos; y tanto más restrictiva cuanto más grises equipara al negro, o sea, cuantos más casos dudosos trata como candidatos negativos.

Hagamos una interpretación sumamente restrictiva de "corbata". Por las razones o argumentos que sea ($R^1, R^2 \dots R^n$) entendemos entonces que el término "corbata" en N se refiere sólo a aquel objeto que el Diccionario define como "tira de seda o de otra materia adecuada que se anuda o enlaza alrededor del cuello, dejando caer los extremos". Tal objeto es el que acogemos bajo (1) en nuestra representación de casos.

Interpretado así el término "corbata", ¿sería corbata el corbatín (2)? El Diccionario de la Academia define corbatín como "corbata corta que sólo da una vuelta al cuello y se ajusta por detrás con un broche, o por delante con un lazo sin caídas". Así pues, no parece descabellado sostener que quien acuda a las recepciones con corbatín también cumple la norma, aun restrictivamente interpretada, pues el corbatín es una especie de corbata. Quien apoye tal solución, hará hincapié en los elementos comunes entre corbata y corbatín. Quien la combata, recalcará los elementos diferenciadores,

apreciables también en la definición. En cualquier caso, quien quiera atacar esta interpretación restrictiva de “corbata” tendrá su mejor arma en combatir o contrapesar las razones ($R^1...R^n$) que la sustentan. En suma, hecha una interpretación y otorgado a un término x el significado S (Sx), caben dos tipos de contraargumentación:

a) Argumentar contra las razones que sostienen la opción por ese significado S , en lugar de por otro S' .

b) Aun admitiendo que el significado de x es S (Sx), cabe argumentar en contra de aceptar el hecho h como un caso de Sx .

Hagamos ahora una interpretación sumamente extensiva de “corbata”. Por las razones o argumentos que sea (R' , $R''... R^n$), se considera que por “corbata” en N se debe entender, por ejemplo, toda prenda que cierre o tape el frontal superior de la camisa y tenga un sentido de formalidad o etiqueta. A tenor de tal definición contarían también como corbatas, a efectos de N , el corbatín, la pajarita y, quizás también, el pañuelo de cuello. Quien combata estas últimas posibilidades deberá elegir entre una de los dos vías que acabamos de señalar:

a) Argumentar contra las razones por las que el significado Sx se prefiere al significado $S'x$.

b) Admitido que el significado de x es S' ($S'x$), alegar que el caso en cuestión (por ejemplo, el pañuelo de cuello) no posee los caracteres que se predicán de x según S' (por ejemplo, que el pañuelo de cuello no tiene un sentido de formalidad o etiqueta, sino al contrario, de informalidad o desenfadado).

En resumen, si hacemos una tal interpretación extensiva de “corbata” tenemos que también se puede acudir a las recepciones en la Casa Real con corbatín y/o pajarita y/o pañuelo de cuello.

En cambio, si tomamos la interpretación restrictiva, resulta que no se podría acudir a tales recepciones con pajarita o pañuelo de cuello e, incluso, llevando la restricción al máximo, con corbatín. ¿O sí?

Caben vías no propiamente interpretativas para justificar la respuesta positiva a la pregunta que acabamos de hacer. La más obvia es la del argumento analógico, la analogía. Con este argumento diríamos respecto de (3), por ejemplo, que aunque N obliga a ir con corbata, y aunque una pajarita no es una corbata, dado que el fin de N es que quienes acudan a las recepciones vayan vestidos con formalidad y cierta etiqueta, y dado que la pajarita es una prenda que reviste tanta o más formalidad y etiqueta que la corbata, está justificado extender al llevar pajarita el trato que N menciona para el llevar corbata.

En suma, en los casos del corbatín (2), la pajarita (3) y —con más dificultades argumentativas— el pañuelo de cuello (4) se puede determinar que va a las recepciones correctamente quien los lleva, con base en uno de estos dos argumentos:

i) Un argumento interpretativo consistente en hacer una interpretación extensiva de “corbata” en N con base en las razones R^1 , $R^2... R^n$ que se estimen pertinentes. En tal caso se dirá que, así interpretado “corbata”, la pajarita, etc. son tipos o clases de corbatas.

ii) Un argumento analógico consistente en sentar que aunque una pajarita (etc.) no es una corbata, puesto que ninguna norma dice nada sobre si se puede ir o no con pajarita (hay una laguna), y puesto que a tenor del fin de la norma una pajarita equivale a una corbata, el permiso que rige para las corbatas se aplica también a las pajaritas.

Pero nos ha quedado en el tintero todo este rato el caso (7), consistente en portar en las recepciones reales una corbata que tiene como peculiaridades la de llevar los colores de la República y la de contener la inscripción “abajo la Monarquía”.

En la representación cromática anterior este caso (7) figura en blanco como el (1), es un candidato indudablemente positivo, el objeto aludido forma parte de la referencia del término “corbata”, aun en la definición más estricta que de éste se pueda hacer. Así que ya tenemos el hipotético problema práctico. Quien lleva esa corbata de (7) alega que tiene derecho a asistir a la recepción real y los encargados de la entrada y/o el protocolo dicen que no. El primero dice que la única condición es llevar corbata y que él cumple esa condición. Los otros dicen que esa corbata no es apropiada y él responde que la norma habla simplemente de “corbata” sin poner cortapisa a ningún tipo de ellas ni establecer diferencias. ¿Hay algún argumento que se pudiera aplicar aquí para dar la razón a los porteros? Sí, el argumento de reducción teleológica.

El argumento de reducción teleológica se emplea para hacer una excepción en un caso que semánticamente es subsumible bajo la dicción o el tenor literal del enunciado normativo. Sin

embargo, se considera que con base en la finalidad que explica y da sentido al enunciado normativo es perfectamente “lógico” y adecuado hacer tal excepción en el caso puntual.

Pongamos que respecto del enunciado normativo N que venimos empleando como ejemplo establecemos que la finalidad de que se obligue a ir a las recepciones reales con corbata es la de que los recibidos por el Rey expresen con su atuendo una actitud de respeto y consideración. Pues bien, se puede entonces argumentar, sentada tal interpretación teleológica, que quien lleva la corbata del caso (7) no sólo no expresa con ella tal respeto y consideración, sino que tanto sus colores como su inscripción son muestra precisamente de todo lo contrario, y que por ello no deben entrar con tal corbata. Hemos hecho así una reducción teleológica de N para el caso (7).

¿Cuál es la manera mejor de contrarrestar este argumento? Atacar la interpretación teleológica en que se apoya, argumentando que hay mejores razones para considerar que el fin de la norma no es el mencionado, sino otro, como por ejemplo que exista cierta uniformidad entre los asistentes a las recepciones o que los asistentes no muestren desnudas partes de su cuerpo. Entonces, si el fin fuera ese o algún otro semejante, la excepción no se justificaría, el argumento de reducción teleológica perdería pie.

Podemos aún imaginarnos un caso más extraño y que nos permita ver cómo juega otro argumento que justifica excepciones o pone en su justo sitio lo que significa el respeto al tenor de la ley. Será el caso (8)

(8) Alguien acude a la recepción real llevando anudada al cuello una corbata normal, pero sobre su torso totalmente desnudo.

En (8) el actor podría alegar que se atiene a la dicción de N, que obliga a ir con corbata, pero que nada dice de que haya de portarse ni una sola prenda más. ¿Con qué argumentos se le puede replicar para impedirle el paso?

El primero y más obvio es un argumento lingüístico, según el cual el uso de los términos en los enunciados jurídicos nunca es descontextualizado, sino contextual en un doble sentido: en el sentido de que no hay que leer y aplicar tales enunciados aisladamente, sin atender a los demás enunciados del ordenamiento jurídico; y en el sentido (especialmente pertinente aquí) de que toda expresión tiene y se usa –salvo que expresamente se indique lo contrario– con las implicaciones y presupuestos con que habitualmente se emplea en nuestro lenguaje. Porque cuando al alguien le preguntamos antes de salir de casa “¿qué te parece si voy con corbata?” nuestro interlocutor siempre va a entender que es corbata sobre la camisa y no sobre el torso desnudo, etc., etc.

El segundo argumento para atacar la pretensión del sujeto actor de (8) es el de la reducción al absurdo (argumento *ad absurdum*). En términos muy simples y abreviados, consiste en alegar que si entendemos N tan “al pie de la letra” se convierte en un perfecto sinsentido, en una radical estupidez, y que ni podemos suponer que el legislador que la dictó pueda querer semejante payasada ni podemos concebir un ordenamiento que albergue normas tan tontas o permita aplicaciones de las mismas tan contraintuitivas. Porque si tomamos de esa manera la dicción de las normas, prescindiendo de toda “implicatura”, resultarían cosas tan chuscas como que a tenor de la norma que dijera “prohibido hablar en voz alta en el cine” sí se podría cantar, a tenor de la que estipulara “prohibido bañarse en el estanque” sí se podría bucear en el estanque con traje de neopreno, etc., etc.

Elementos del razonamiento interpretativo en derecho.

I. Planteamiento del problema interpretativo.

1. Hay una norma N que es/puede ser aplicable al caso C que se examina.
2. La norma N contiene el término o expresión “x”, cuyo significado/referencia es dudoso.
3. Del modo como se concrete o precise el significado de “x” en N dependerá que N se aplique o no se aplique a C, o que se aplique con un alcance/efecto u otro.

II. Reconstrucción analítica del razonamiento interpretativo.

1. Formulación de las alternativas interpretativas:

A la norma N se le pueden asignar los significados S1, S2... Sn, las cuales respectivamente dependen de los significados que se pueden asignar a su término/expresión "x", Sx1, Sx2...Sxn, y de los significados que se pueden asignar a "y" o "z", etc.

En lo que sigue nos atendremos a que la única expresión necesitada de interpretación para el caso sea "x".

Regla metódica/de racionalidad interpretativa:

Rri1: *Se deben enunciar expresamente como posibles interpretaciones de N todos los significados posibles que razonablemente puedan venir al caso.*

2. Elección de la opción interpretativa:

A la norma (enunciado normativo) N se le debe asignar como preferible el significado Sn, derivado de que al término/expresión "x" se le debe asignar como preferible el significado Sx.

Si utilizamos la expresión "P" para indicar la relación de preferencia, podemos representar esto así:

S1x P S2x...Snx

Lectura: El significado S1 de x prevalece sobre el significado S2 y sobre los significados Sn de x.

Regla metódica/de racionalidad interpretativa:

Rri2: *El razonamiento interpretativo debe aparecer expresamente descompuesto en tantos pasos parciales como determinen la asignación global de significado a N (SN).*

Explicación de la regla: Si el significado global SN deriva de la combinación de opciones interpretativas elegidas respectivamente para sus términos/expresiones "x" e "y", se debe mencionar expresamente tal dato, se debe aludir a esas dos fuentes de alternativas interpretativas, de modo que ni la elección de significado para "x" ni la elección de significado para "y" se camufles como no elecciones, es decir, de modo que no parezca que "x" e "y" no tienen más que una posible interpretación.

3. Fundamentación de la opción interpretativa:

La preferencia del significado S de "x" (Sx), se desprende de/ se justifica por las siguientes razones R1Sx, R2Sx... RnSx.

Podemos representar esto así:

R1, R2...Rn S1x P S2x...Snx

Lectura: por las razones R1, R2, Rn, el significado S1 de x prevalece sobre los significados S2x...Snx

Regla metódica/regla de racionalidad interpretativa:

Rri3a: *Una interpretación Sx sólo es racional cuando va avalada por razones interpretativas.*

Rri3b: *Una interpretación Sx es tanto más racional cuanto más son las razones admisibles con que expresamente se justifica.*

4. Formulación de las razones de refuerzo de la interpretación /Razones de las razones /fundamentación de las razones fundadoras:

La afirmación contenida en R1Sx se justifica en las siguientes razones R'R1Sx...R'nR1Sx.

Podemos representar esto así para el caso de que la razón fundadora de la prevalencia de S1x sea una sola R1.

{R'1, R'2...R'n} R1 S1x P S2x...Snx

Lectura: las razones R'1, R'2...R'x justifican R1, que a su vez es razón de la prevalencia de S1x sobre S2x...Snx.

Reglas metódicas/reglas de racionalidad interpretativa.

Rri4a: *Una interpretación Sx es tanto más racional cuantas más razones justifican sus razones interpretativas.*

Rri4b: *Una interpretación Sx es tanto más racional cuanto más verdaderas, convincentes o razonables resultan las razones fundadoras de sus razones interpretativas.*

Explicación de Rri4b:

De la verdad a la razonabilidad hay una escala descendente. El paso siguiente de esa escala, en tal sentido descendente, es la arbitrariedad.

Llamamos verdadera a aquella afirmación con la que todos (o todos los competentes en la materia) estarán de acuerdo una vez examinado su fundamento.

Llamamos convincente a aquella afirmación con la cual la mayoría (en general o de los competentes en la materia) estarán de acuerdo una vez examinado su fundamento.

Llamamos razonable a aquella afirmación con la cual un número mínimamente representativo (en general o de los competentes en la materia) estará de acuerdo una vez examinado su fundamento.

Llamamos arbitraria aquella afirmación con la cual no habrá siquiera un número mínimamente representativo (en general o de los más competentes en la materia) que puedan estar de acuerdo con ella una vez examinado su fundamento.

Representación gráfica de la escala

| verdadero | convinciente | razonable | arbitrario |
|-----------|--------------|-----------|------------|
|-----------|--------------|-----------|------------|

| | | | |
|---|---|--|--|
| + | 0 | | |
| - | | | |

Rri4c: *El regreso al infinito hacia atrás en la cadena de fundamentaciones de las fundamentaciones viene dado por la evidencia, el sentido común, las posibilidades racionales de ulterior fundamentación y los estándares de racionalidad socialmente vigentes.*

5. Subsunción del caso/los hechos bajo el la interpretación resultante.

Una vez que ha quedado concretado y justificado un significado de entre los posibles de N, el último paso consiste en ver si el caso/los hechos que se enjuician pueden o no formar parte de la referencia de N así interpretada, es decir, si son tales hechos subsumibles bajo N así interpretada, de modo que para dichos hechos se siga la consecuencia prevista en N.

Representación formal:

Si es “x” el término o expresión de N que se ha de interpretar y si llamamos Sx a la interpretación elegida y justificada, vemos que lo que en la interpretación se ha hecho es definir “x” por la posesión de ciertos caracteres o notas, ya sean acumulativos (tienen que darse todos ellos para que estemos ante un supuesto de “x”) o disyuntivos (tiene que darse alguno para que estemos ante un supuesto de “x”). Prescindiendo de esta última diferencia y denominando esos caracteres como a, b...n, podemos utilizar la siguiente fórmula:

$(x) Nx \rightarrow x = a, b...n$

Podemos representar esto así, utilizando el signo \subset para expresar la relación de pertenencia y llamando “h” al hecho en discusión:

$(a, b...n \subset h) \rightarrow h \subset x$

Lectura: si se un estado de cosas posee los caracteres a, b...n, entonces pertenece a (es un caso de) h y si es un caso de h entonces pertenece a (es un caso de) x.

Un ejemplo, STC 16/2004 (sobre el ruido):

En esta sentencia se plantea el problema de si una sanción impuesta por un ayuntamiento al dueño de un bar por exceso de ruido tiene o no tiene el respaldo legal que para toda sanción administrativa se necesita conforme al art. 25.1 CE. El TC realiza a tal propósito un razonamiento interpretativo complejo, con dos partes principales. En la primera, concreta el significado del principio constitucional de legalidad sancionatoria, aclarando que para que tal requisito se cumpla ha de existir una ley habilitante que predetermine dos cosas: la “fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad” y las clases de sanciones que la Administración correspondiente puede establecer.

En un segundo paso, se trata de ver si tales condiciones se cumplen para el caso. En la ley de la que se discute si ofrece o no cobertura para el reglamento municipal que prevé sanciones para el ruido, la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972, se define contaminación atmosférica, a los efectos de la ley, como “la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen

riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza”. Por tanto, la sanción reglamentaria del ruido sólo tendrá respaldo legal si el ruido constituye contaminación atmosférica de la referida por tal ley, lo que, a tenor de la citada definición, implica que a tal efecto el ruido ha de ser o materia o energía. Pues bien, el TC dice que “cualquiera que fuese la voluntad del Legislador de 1972 (...) el ruido puede encajar en alguna de las expresiones citadas, no tanto como <<partículas>> como más bien en el término <<formas>> en general –se habla en el lenguaje común de <<contaminación acústica>> o en el de <<formas de energía>>”. Y esta última aseveración la fundamenta el TC así: “El ruido en cuanto provoca determinadas ondas que se expanden en el aire, puede incluirse en esta expresión <<formas de energía>>” (f.8º).

Tal subsunción será racional en la medida en que sea sostenible la verdad de que el ruido es energía y no otra cosa. El TC no da más argumento ulterior que este que acaba de citarse.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS DE LA STS (Sala Pcnal) 430/1999, de 23 de marzo (ponente: C. Conde-Pumpido Tourón).

Problema interpretativo 1º (fundamento 9º): ¿Son los dedos “objetos” a efectos del art. 182²⁵³ CP de 1975?

El recurrente en casación había sido condenado, en aplicación de este artículo, por haber introducido un dedo en la vagina de su hija un número indeterminado de veces.

Alternativas interpretativas: Los dedos son “objetos”, en cuyo caso el comportamiento en cuestión es subsumible bajo el art. 182 CP, o no son “objetos”, en cuyo caso dicho comportamiento no es subsumible bajo tal artículo.

Opción interpretativa del Tribunal: los dedos no son “objetos” a efectos de este artículo.

Fundamentación de la opción interpretativa:

- Argumento literal:

(i) La expresión “objetos” (...) lingüísticamente equivale a cosas inanimadas o inanes” (sic.). Por tanto, no cabe incluir en esa expresión partes del cuerpo humano, como los dedos o la lengua, que en el **lenguaje usual** nunca son denominados objetos.

Calificación y valoración de este argumento: se trata de un argumento semántico-usual (no semántico-subjetivo), pues la referencia que se toma es el uso habitual de la palabra objeto y su inaplicación, en tal uso, a los dedos.

El valor del argumento es proporcional al grado de verdad o certeza de su afirmación sobre el uso social.

Llama la atención el uso, en la definición de “objeto”, del término “inane”, cuando más bien se supone que quiere decir “inerte”²⁵⁴.

(ii) Justificación del carácter limitador de la semántica del uso: principio de legalidad penal. Por eso “los tipos penales deben necesariamente ser interpretados en forma taxativa o estricta”. Atribuir a “objetos” una referencia que abarque entidades a las que según el uso lingüístico establecido dicho término no se aplica, supone vulnerar el principio de legalidad penal del art. 4.1 CP²⁵⁵, lo que equivaldría a una analogía *in malam partem*.

- Argumento de precedente. Menciona en tal sentido la STS (Sala Penal) de 14 de febrero de 1994.

Calificación y valoración de este argumento: la invocación del precedente tiene una capacidad fundamentadora dependiente de: 1) cuántos sean los precedentes que se invocan; 2) en qué

²⁵³ Art. 182 CP: “En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años”.

²⁵⁴ Según el Diccionario de la Academia “inane” significa “vano, fútil, inútil”, mientras que “inerte” significa “Inactivo, ineficaz, estéril”. Parece que la Sentencia se tiene que estar refiriendo al carácter pasivo o inactivo de los objetos, frente al carácter activo o móvil de miembros del cuerpo como los dedos. Por ello el término adecuado no parece “inane”, sino, si acaso, “inerte”.

²⁵⁵ “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”

medida sean verdaderamente precedentes, por tratarse de la aplicación de la misma norma a un caso igual o similar en todo lo que sea relevante; 3) que no existan precedentes en sentido contrario; 4) si existen precedentes en sentido contrario, que se argumente con razones la preferencia de los que se citan (ej.: por ser más recientes, más numerosos, estar mejor fundamentados, etc.).

Problema interpretativo 2º (fundamento 12º): Si el término “éstos” del art. 56²⁵⁶ CP se refiere sólo a la tercera de las penas accesorias que se mencionan o a las tres. De la respuesta depende el que la relación directa de dicha pena accesoria con el delito por el que se condena se exija sólo para el tercer tipo de penas accesorias o para todas. En el caso que se discute se había impuesto la segunda de las penas accesorias del art. 56 (“inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”) sin que en la Sentencia se acredite la vinculación entre el delito en cuestión y tal pena accesoria.

Alternativas interpretativas: entender que la necesidad de justificar la vinculación entre el delito y la pena accesoria impuesta rige para la imposición de cualquiera de las tres penas accesorias que se imponga o sólo para la tercera.

Opción interpretativa del Tribunal: que tal exigencia rige sólo para el tercer tipo de penas accesorias, no, por tanto, para la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo.

Fundamentación de la opción interpretativa:

- **Argumento “gramatical”:** “Así se deduce, en primer lugar, de una interpretación gramatical del precepto a través de su atenta lectura y de la utilización de la expresión <<éstos>>, ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación especial a que se refiere el artículo”.

Calificación y valoración del argumento: estamos ante un uso retórico del argumento gramatical, por las siguientes razones:

- Invoca como sustento la mera lectura atenta. De ser cierto que con la lectura atenta el problema se resolviera, estaríamos ante un problema interpretativo ficticio o forzado, pues la mera semántica y/o sintaxis harían que fuera sólo uno, y no dos, el significado correcto posible. Pero en este caso habría que argumentarlo en términos precisamente de reglas semánticas o sintácticas, habría que demostrar por qué la interpretación no ofrece dudas con sólo leer el precepto. Y como tal argumentación no se hace, hay una clara deficiencia argumentativa en el empleo de este argumento, está mal argumentado el argumento.

- Usa marcadores retóricos (“se deduce”, “atenta lectura”) que suelen cumplir la función de hacer pasar por evidente precisamente lo que es discutible y necesita fundamentación.

- **Argumento sistemático:** “En segundo lugar, de su interpretación sistemática que vincula esta limitación con lo dispuesto en los arts. 42 y 45 del mismo Texto Legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados”.

Calificación y valoración del argumento: Es sumamente oscura la expresión del argumento, por lo que conviene descomponerlo y analizarlo pormenorizadamente. Los elementos del razonamiento que encierra serían éstos:

(i) Los arts. 42 y 45 CP contienen una regulación que es coherente con o contiene razones para entender que la exigencia de fundamentación de la vinculación entre el delito y la pena accesoria impuesta se aplica sólo al tercer tipo de penas accesorias del art. 56, no a todas.

(ii). Los arts. 42 y 45 CP hacen referencia a las dos variantes contenidas en el tercer tipo de penas accesorias del art. 56 CP: inhabilitación especial para empleo o cargo público e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, respectivamente. Y en ambos casos se exige una particular motivación al imponerlas. ¿Qué motivación? Veámoslo.

²⁵⁶ Art. 56 CP: “En las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación”

El art. 42 dice: “La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. **En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación**”.

Lo que se aprecia en este artículo es, en primer lugar, una definición o especificación de los efectos de tal pena y, en segundo lugar, el establecimiento de la obligación de que se especifiquen cuáles son los empleos, cargos u honores de los que la pena priva, obligación de especificidad que equivale a la prohibición de aplicaciones genéricas que priven de todo empleo, cargo u honor públicos, sin detallar en el caso de que el condenado posea varios.

Lo que por ningún lado se ve es que en este art. 42 se disponga la obligación de fundar la vinculación entre el delito por el que se condena y la pena en cuestión que se impone. Así que nada parece seguirse de este artículo sobre para lo que se discute en la Sentencia que comentamos respecto a la interpretación del art. 56 CP.

El art. 45 dice: “La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, **que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia**, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena”.

En este artículo lo que topamos es, en primer lugar, un nuevo supuesto de ambigüedad sintáctica, pues el relativo “que” tanto puede referirse a “la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho”, como solamente a “cualquier otro derecho”. Así pues la obligación de concretar y motivar tendrá distinto alcance según como se resuelva tal problema interpretativo.

En segundo lugar, constituye también un problema interpretativo, añadido al anterior y abierto también a distintas soluciones posibles, el alcance que haya de darse a la referida obligación de concretar y motivar, sin que parezca imponerse con necesidad ni semántica ni lógica ni de ningún tipo el entender que tal obligación se refiere a la necesidad de fundar expresamente y para todos los supuestos referidos por este artículo la vinculación material entre el delito y la imposición de esta pena.

Así pues, de lo dicho hasta aquí nada hay que abone la capacidad justificativa del argumento sistemático que la Sentencia menciona.

iii) Los arts. 43 y 44 se refiere, respectivamente a las penas de suspensión de empleo o cargo público y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, definiendo el alcance de cada una. Nada dicen sobre especiales obligaciones de motivación al imponerlas.

iv) El argumento sistemático mencionado parece dar a entender que puesto que ninguna obligación especial de motivación se establece en los arts. 43 y 44 para estas dos penas, que son las dos primeras de la enumeración del 56, y puesto que sí se establece tal obligación, en los arts. 42 y 45 para las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, etc., es coherente entender que la obligación de motivar la vinculación de la pena y el delito rige sólo para la tercera de las penas que el 56 menciona, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, etc. Pero tal argumento pierde su fuerza de base, la de la coherencia del sistema, cuando se repara en que la exigencia de especificación y de concreción y motivación que respectivamente establecen los arts. 42 y 45 no es, o al menos no es necesariamente, la exigencia de motivación de la vinculación a que alude el final del art. 56.

En consecuencia, este argumento sistemático tiene dos graves defectos argumentativos: no explicita su sentido y alcance, por lo que es pura remisión no argumentada al sistema, y no está respaldado por la fuerza de la coherencia, como pretende. Queda, pues, en argumento puramente retórico.

- Argumento histórico: “En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, pues dicha limitación tiene su antecedente en el art. 41.2º del Código Penal de 1973 y en la doctrina de esta Sala que exigía una relación directa, e incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido”.

Calificación y evaluación del argumento: estamos ante un argumento histórico que carece toda fuerza justificativa por contener deficiencias lógicas y argumentativas. Veámoslo paso a paso.

(i) Estamos argumentando sobre si la obligación de motivar la vinculación entre el delito y la pena accesoria rige sólo cuando ésta es de “inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio...” o también para las de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

(ii) En la Sentencia se argumenta a favor de la primera de esas alternativas, como sabemos.

(iii) Se menciona el dato histórico de que el Código y la jurisprudencia anteriores exigían “una relación directa, incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido”.

(iv) No se está discutiendo si ahora esa relación o vinculación se exige para tal pena, pues claramente se contiene tal requisito en el art. 56 in fine, sino sobre si se exige también para las otras dos penas. Por tanto, el dato histórico que expresamente se aporta refuerza la verdad de lo que no se discute y nada dice sobre lo que se está debatiendo. Si se pretende que opere tácitamente un argumento a contrario, habría un error lógico, un claro *non sequitur*.

(v) Nada se dice sobre si bajo el Código anterior dicha exigencia se aplicaba únicamente a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, etc o también a las otras.

(vi) Parece darse por supuesto o querer dar a entender que no se aplicaba tal exigencia a las otras dos. Pero dar por supuesto o insinuar no es lo mismo que argumentar.

(vii) Y aunque tal extremo se argumentara expresamente, sería mera aplicación del principio de inercia histórica, a tenor del cual lo que un día fue de una forma seguirá siendo así en caso de duda. Cuando la única base del argumento es tan principio de inercia histórica, el argumento histórico tiene una muy débil fuerza justificatoria.

- Argumento de reducción al absurdo: “En cuarto lugar de su interpretación lógica, pues el criterio contrario conduciría al absurdo, al determinar que un Alcalde, por ejemplo, habría de seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de delitos no directamente relacionados con su cargo, no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena”.

Calificación y evaluación del argumento. Es un argumento de reducción al absurdo, aunque se presente bajo el nombre de “interpretación lógica”. Su base es la típica del argumento al absurdo: poner de relieve a qué consecuencias absurdas, contraintuitivas o radicalmente inconvenientes puede llegar a conducir una determinada interpretación, como fundamento para descartar dicha interpretación.

La fuerza de este argumento es proporcional a la intensidad e indiscutibilidad del absurdo en cuestión, de modo tal que dicha fuerza es máxima cuando dicho carácter absurdo, contraintuitivo o radicalmente inconveniente no tiene vuelta de hoja, cuando no puede dicha consecuencia ser defendida como razonable, conveniente y no absurda bajo ningún punto de vista. Un buen argumento contra el argumento al absurdo es el argumento comparativo, que tendría una estructura así:

(1) Si de la interpretación I se sigue la consecuencia C y dicha consecuencia es absurda, debe rechazarse la interpretación I.

$[(I \rightarrow C) \wedge (C \rightarrow A)] \rightarrow PC$

(2) Si de la interpretación I se sigue la consecuencia C', que es a todos los efectos relevantes similar a C, entonces también debe rechazarse por absurda la interpretación C'.

$[[(I \rightarrow C') \wedge (C' \text{ sim. } C)] \rightarrow (C \rightarrow A)] \rightarrow PC'$

En el uso del argumento que hace la Sentencia el absurdo se deriva, en el ejemplo que pone, de que un Alcalde pueda regir su Ayuntamiento de la cárcel, y la razón el absurdo, que no se explicita, parece que es la del encierro en lugar que no permite acceder a los lugares que se gobiernan y a los que son la sede de gobierno. Parece convincente, pero entonces también habrá de serlo que alguien no pueda ser Alcalde si, por ejemplo, una enfermedad lo fuerza a permanecer sin salir de su casa o de un hospital. Si en algún momento la ley permite esto último, desaparece buena parte del pretendido absurdo de que alguien pueda ser Alcalde desde la prisión.

Sea como sea, parece el más convincente de los argumentos interpretativos empleados por la Sentencia.

- Argumento teleológico: “Y, en quinto lugar, de su interpretación teleológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, pues si bien está plenamente justificado limitar la inhabilitación para

el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, como pena accesoria, a aquellos supuestos en que hubieran tenido relación directa con el delito cometido, de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas que determina que éstas sólo se aplicarán cuando sean necesarias y en la medida en que lo sean, y también lo está en el supuesto de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que conforme a lo dispuesto en el art. 42 produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, no concurre la misma justificación para las penas de suspensión de empleo o cargo público, cuyo efecto se limita a privar de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena, art. 43, o de inhabilitación especial para el derecho e sufragio pasivo, que únicamente priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44), cuyo efectivo ejercicio es notoriamente incompatible con la pena de prisión impuesta. El contenido, naturaleza y duración de estas penas las vincula directamente con las limitaciones necesariamente determinadas por los efectos propios de la pena de prisión, incompatible”

Calificación y evaluación del argumento. En cuanto a la forma en que este argumento se expresa, es difícilmente concebible un mayor enrevesamiento expresivo, de manera que resulta muy complicado saber qué es lo que se quiere decir. En cuanto al fondo, y en lo que pueda entenderse, difícilmente podemos hablar con propiedad de un argumento teleológico. Vayamos descomponiendo el razonamiento en la medida de lo posible.

(i) Pese a que se alude al “espíritu y finalidad de la norma”, poco o nada se dice de cuál sea dicho fin. El parámetro que se utiliza no es ése, sino el principio de intervención penal mínima. No estaríamos, así, ante una interpretación teleológica, sino principialista; es decir, ante la opción por la interpretación más acorde con un principio rector de la disciplina penal, el principio de intervención penal mínima.

(ii) Sentado lo anterior, surge la primera paradoja, pues vemos que se utiliza el principio de intervención penal mínima para defender la interpretación que, de las dos en disputa, permite la extensión penal máxima. Esto es así por cuanto que se está argumentando en pro de la interpretación que permite imponer las pena accesoria que en el caso se discute, la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio, sin que el juez deba motivar su relación con el delito por el que se condena. Es decir, sería la interpretación contraria, precisamente, la que estaría más en consonancia con este principio que se invoca, el de intervención penal mínima.

(iii) A la hora de justificar la interpretación que no exige para la imposición de las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio la motivación de la relación con el hecho delictivo, invoca un nuevo dato, que ya no es ni el fin de la norma ni el principio de intervención mínima, sino el de la imposibilidad de ejercer los derechos de los que tales penas privan mientras se cumple la pena principal de prisión. Tal incompatibilidad se tilda de “notoria”. Por ello, tales penas accesorias serían “inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena”. A esto cabe razonablemente objetar del siguiente modo:

- Si son inherentes a las penas de prisión, ¿por qué se faculta al juez para imponerlas, en lugar de obligarle a ello? ¿Por qué se liga esa facultad a la evaluación que el juez haga de la gravedad del delito? ¿Debemos entender que está el juez obligado a imponer las dos, cuando vengan al caso? Si no es así, si se permite al juez imponer sólo una y no otra, cuando el penado pueda ejercer ambos derechos, estaría el juez actuando contra una notoria incompatibilidad entre la prisión y el ejercicio de tales derechos.

- Si hay incompatibilidad tan notoria entre la pena de prisión de hasta diez años y el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, habrá que entender que la ley debe prohibir en todo caso que los penados a prisión por menos de diez años puedan concurrir como candidatos a las convocatorias electorales.

- Si existe la reseñada incompatibilidad notoria, ¿por qué el legislador no extendió también a las penas de prisión de menos de diez años (art. 56 CP) la inhabilitación absoluta que el art. 55 dispone para las penas de prisión de más de diez años? Si el Código recoge esa doble regulación, a tenor del cual en penas de prisión de más de diez años la inhabilitación es *ex lege* y para menos de diez años es el juez el que decide si la impone o no, será porque el legislador no ha visto una incompatibilidad tan notoria como la que aprecia la Sentencia.

- Y, por último, ¿es todo empleo o cargo público o todo puesto político electivo realmente e igualmente incompatible con el cumplimiento de la pena de prisión? ¿No contempla acaso la

legislación penitenciaria numerosas vías para permitir el ejercicio al menos parcial de, al menos parte de esos cargos o empleos?

Si de la respuesta a tales cuestiones se desprende que no hay tal incompatibilidad entre la situación del penado con prisión de menos de diez años y el ejercicio de cargos y empleos públicos y del sufragio pasivo, decae casi por completo la fuerza de convicción de este argumento de incompatibilidad que la Sentencia usa bajo el rótulo impropio de interpretación teleológica.

- *Argumento literal*: “En definitiva, el art. 56 del Código Penal de 1995, (sic) emplea una expresión preceptiva, <<impondrán>>, y no potestativa, <<podrán imponer>>, por lo que ha de deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas. En consecuencia, cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido, y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio, como sucede en el caso actual en el que el recurrente ha sido condenado por abusos sexuales, la pena accesoria a imponer es precisamente la residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como ha dicho correctamente el Tribunal <<a quo>> en la sentencia impugnada”.

Calificación y evaluación del argumento: estamos ante un argumento literal-semántico, unido a un argumento de coherencia. Pero el conjunto contiene una cierta petición de principio que conviene ir desglosando.

(i) Primeramente un asunto formal: comienza el argumento con un “en definitiva” que no tiene más función que la retórica de dar a este nuevo argumento la apariencia de conclusión lógica que se sigue de los anteriores, mientras que, en realidad, se trata de un argumento independiente y nuevo. Así que de “en definitiva” nada.

(ii) De la expresión “impondrán” del art. 56 deriva el intérprete que los jueces deberán siempre imponer alguna de estas penas como accesorias a la de prisión de menos de diez años.

(iii) De lo anterior deriva, a su vez, que cuando sólo se den los supuestos para que sea posible la imposición de una de ellas, esa debe el juez imponerla obligatoriamente, con lo que ya no es facultativa, sino imperativa. Tal sería la situación en el caso del que la Sentencia trata.

(iv) Pero con lo anterior se está prejuzgando la respuesta a la pregunta sobre la que se debate y sobre la que hay que argumentar: la pregunta sobre si el juez está en todo caso obligado a motivar expresamente la vinculación entre el delito o la pena o sólo en el caso del tercer tipo de penas del art. 56.

(v) En efecto, si la interpretación correcta es la que la Sentencia se defiende, la consecuencia que se deriva es la que la Sentencia saca, la obligatoriedad en el caso de que el juez imponga la única pena accesoria del art. 56 materialmente posible, aun cuando no haya relación entre tal pena y el delito que se castiga. Pero eso es precisamente lo que hay que discutir, cuál es la interpretación correcta, y no se puede dar por sentado sin incurrir en petición de principio. Un argumento que da por sentada la corrección de una opción y saca consecuencias de ello no es un argumento en favor de esa opción. Tal es el caso aquí.

(vi) ¿A qué consecuencias llevaría la interpretación opuesta? A entender que la obligación del juez de imponer (“impondrán”) alguna de estas penas accesorias está sometida a una condición: que pueda respecto de cualquiera de ellas justificar expresamente la vinculación entre tal pena accesoria y el delito cometido. Si esa es una condición a la que está sometida la obligación de los jueces, dicha obligación no gobierna para todo caso, sino sólo para el caso en que esa vinculación exista y pueda acreditarse argumentativamente en la Sentencia. Por tanto, en el caso de autos, en el que no hay tal relación o vinculación, el juez no sólo no estaría obligado a imponer la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, única materialmente posible, sino que tendría vedada la imposición de tal pena por no cumplirse la condición de la mencionada vinculación. Con esto no estoy diciendo que esta sea la única solución correcta, que esa sea la mejor interpretación, sino que este argumento que ahora comentamos carece de todo valor dirimente entre las dos interpretaciones en litigio.

En resumen, hemos visto seis argumentos de los cuales al menos cinco poseen una muy escasa fuerza justificativa, una muy tenue, por no decir ninguna, capacidad de convicción. Y el otro,

el argumento *ad absurdum* tiene su fuerza condicionada a cómo resista las posibles comparaciones el ejemplo que en él se menciona, extremo en el que aquí sería excesivo pararse.

RJ 1999\2676

Sentencia Tribunal Supremo núm. 430/1999 (Sala de lo Penal), de 23 marzo

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 907/1998-P.

Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

PRESUNCION DE INOCENCIA: Declaraciones de la víctima: existencia de prueba: requisitos para su apreciación: hija de acusado en delitos de abusos sexuales.

ABUSOS SEXUALES: Introducción de objetos: concepto: inexistencia: los dedos no son considerados objetos; Delito continuado: existencia: dolo único de abusar sexualmente de hija.

PENALIDAD: penas accesorias: interpretación del art. 56 CP/1995: la inhabilitación por cargo de oficio debe tener relación con el delito cometido.

COSTAS PROCESALES: De la acusación particular: apreciable.

RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY: Error de hecho en la apreciación de las pruebas: inexistencia: requisitos; las declaraciones personales no son documentos a efectos casacionales: informe pericial que no acredita el error del Juzgador.

RESPONSABILIDAD CIVIL: la cuantía de la indemnización no es revisable en casación, sí las bases para su determinación.

La Sentencia de la Audiencia de Murcia, Sección 4ª de 8-4-1998, condenó al acusado Luis Alberto B. M. como autor de tres delitos de abuso sexual y otros dos delitos de abuso sexual a las penas de ocho años de prisión por cada uno de los tres delitos primeramente citados y un año de prisión por cada uno de los segundos delitos citados, imponiéndose la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y durante seis años para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, así como la imposición de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Contra la anterior resolución recurrieron en casación el acusado y la acusación particular, representada por Mª Dolores S. G. alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

*El TS **declara haber lugar** al recurso del acusado y dicta segunda sentencia en la que condena a Luis B. M. como autor de un delito continuado de abuso sexual a la pena de dos años de prisión y como autor de otro delito de abuso sexual a la pena de un año de prisión.*

Texto:

En la Villa de Madrid, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

En el recurso de casación por **infracción de ley** que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Luis Alberto B. M. y María Dolores S. G.** (esta última como acusación particular), contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), por delito de **abusos sexuales**, los componentes de la Sala Segunda que al margen se expresan se han constituido para la vista prevenida por la ley, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido

Conde-Pumpido Tourón, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados respectivamente por las Procuradoras señoras Cortes Galán y Sanz Amaro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Murcia, instruyó sumario núm. 8/1996 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha localidad (Sección 4ª), que con fecha 8 de abril de 1998 dictó Sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS:

«**L.-Probado y así se declara, que el acusado Luis Alberto B. M., nacido el 15 de noviembre de 1961, sin antecedentes penales, casado con María Dolores S. G., de cuyo matrimonio tienen dos hijas, Cristina, nacida el 19 de febrero de 1989 y Laura, nacida el 9 de julio de 1994, ha realizado los siguientes hechos:**

a) En el domicilio familiar sito en Murcia, calle San José, en fechas no determinadas pero comprendidas desde el año 1995 hasta el mes de septiembre de 1996, aprovechando que pasaba en repetidas ocasiones al dormitorio de su hija Cristina, debido a que ésta tenía miedo, y con la finalidad de procurarse satisfacción sexual, realizó a la pequeña tocamientos en sus órganos genitales en un número indeterminado de veces, nunca inferior a tres, en cuyas ocasiones llegó a introducirle un dedo en la vagina a la cual igualmente aproximó el pene sin llegar a penetrarla.

b) Con igual intención libidinosa, en fecha no concretada del verano de 1996, cuando se encontraban en la localidad de Torrevieja (Alicante) en el domicilio de unos familiares de la esposa, llegó a pasar la lengua por los genitales de su hija Cristina al subir de la playa y en una estancia del apartamento que ocupaban, apartándole con la mano el bañador de entre las piernas, mientras se encontraba echada en un sofá, siendo sorprendido en tal actitud por Isabel G. R., tía de su esposa, que le recriminó dicha actitud, a lo que contestó que era su hija y podía hacer con ella lo que quisiera, alegando que le estaba quitando la arena.

c) Otra mañana de ese mismo verano, encontrándose aún en la cama el acusado, su esposa y entre ellos, la hija menor Laura, de dos años, estando la esposa de lado y vuelta pero ya despierta, sin que el esposo lo hubiera advertido, comprobó cómo la pequeña se encontraba a la altura de la cintura del acusado el cual momentos después le decía a la niña "no pasa nada, que esto no muerde", volviéndose la madre y comprobando que el acusado tenía bajado el bañador y sus órganos genitales al descubierto, hallándose en erección mientras la niña tocaba por esa misma zona del padre, de ese modo buscaba igualmente obtener satisfacción sexual.

A consecuencia de este último episodio y de la negativa del acusado a dar explicaciones sobre tal actuación, María Dolores S. G., comentó el hecho con otros familiares, siendo informada de lo observado con anterioridad por su tía Isabel, por lo que llevó a su hija Cristina para que fuera examinada ginecológicamente, apreciándose por los señores Médicos Forenses la existencia de una dilatación del orificio vaginal o introito (aumento anormal del diámetro de dicho orificio), vagina amplia y ausencia casi completa de membrana himenical, quedando el himen reducido a dos restos de pequeño tamaño que se localizan a las once horarias y a las tres horarias y cuyos bordes no presentan signos inflamatorios ni hemorrágicos, tratándose por lo tanto de una lesión antigua, descartándose que se hubiera llegado a realizar el coito con la niña.

II.-Lo anterior resulta del conjunto de la prueba practicada, especialmente de las declaraciones de la menor realizadas en el acto del juicio oral y con anterioridad, con fecha 28 de octubre de 1996, en el Juzgado de Instrucción, con presencia del Ministerio Fiscal y de los Letrados de ambas partes que, desde una habitación contigua y con la puerta abierta, oían lo que decía la menor, que no quería hablar en presencia de tantas personas, haciéndolo ante su madre, la señora Juez de Instrucción y la señora Secretaria. No se ha apreciado signo alguno en la menor que permita pensar en una fabulación por su parte, según se ha establecido incluso por la Psiquiatra señora P. G., que la ha tratado desde el día 8 de octubre de 1996 en numerosas ocasiones en relación con los hechos denunciados.

Igualmente se deduce de las declaraciones de Isabel G. R. y de María Dolores S. G., en cuanto a los hechos que afirman haber presenciado».

SEGUNDO.-La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS:

«Que debemos condenar y condenamos al acusado Luis Alberto B. M. como autor responsable de tres delitos de abuso sexual descritos en el apartado a), y otros dos delitos de abuso sexual descritos en los apartados b) y c), ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas: 1º) Por cada uno de los tres delitos del apartado a) a la pena de ocho años de prisión; y 2º) por cada uno de los de los apartados b) y c) a la pena de un año de prisión, con la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y durante seis años para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, así como al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, debiendo indemnizar a Cristina B. S. en la cantidad de tres millones de pesetas y a María Dolores S. G. en la de quince pesetas [sic].

Para el cumplimiento de las expresadas penas abonamos al acusado la totalidad del tiempo que

ha estado privado de libertad por esta causa. Una vez sea firme la presente resolución comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes».

TERCERO.-Notificada dicha sentencia a las partes se formuló recurso de casación por **infracción de ley** que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.-La representación de **Luis Alberto B. M.**, basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

I.-Por infracción de ley, amparado en el art. 849.1º de la LECrim, y el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del precepto constitucional que consagra el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

II.-Por infracción de ley, amparado en el art. 849.1º de la LECrim, por aplicación indebida del art. 182, en relación con el art. 4.1 del Código Penal, a los hechos relatados en el ordinal primero, letra a) de la declaración de hechos probados.

III.-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por falta de aplicación del art. 74 Código Penal, a los hechos relatados en el ordinal primero, letras a) y b) y en su caso letra c) al integrar todos ellos un delito continuado de abusos sexuales de los artículos 74, 181 núm. 1 y 2.1º y 192 números 1 y 2 del Código Penal.

IV.-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por indebida aplicación del art. 181 núms. 1 y 2.1º del Código Penal, a los hechos relatados en el ordinal primero, letra c) al no existir ánimo lascivo o libidinoso en la conducta descrita. Y, subsidiariamente, habrían de integrarse en el delito continuado de abusos sexuales aludido en el motivo anterior.

V.-Subsidiario a los anteriores y por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por no aplicación del art. 76 del Código Penal, en lo relativo al límite absoluto de las penas, que no podrá exceder de veinte años.

VI.-Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por no aplicación del art. 66 regla

primera del Código Penal, al no razonarse en la sentencia la individualización de las penas.

VII.-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por indebida aplicación del art. 56 del Código Penal, en lo relativo a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

VIII.-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por indebida aplicación de los arts. 123 y 124 del Código Penal, en lo que respecta a las costas de la acusación particular.

La representación de **María Dolores S. G.** basó su recurso de casación en los siguientes motivos:

I.-Por infracción de ley, con base en el núm. 2º del art. 849 de la LECrim, al haber incurrido la sentencia en error de hecho en la apreciación de las pruebas.

II.-Por infracción de ley con base en el número dos del art. 849 LECrim, al haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, tanto las alegadas por esta acusación particular como por el Ministerio Fiscal.

III.-(Con carácter subsidiario respecto del segundo motivo de casación). Por infracción de ley, con base en el núm. 2º del art. 849 de la LECrim, al haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas.

IV.-Por infracción de ley, amparado en el art. 849.1º de la LECrim, por haber sido infringido por falta de aplicación el art. 73 del Código Penal, en relación con el art. 75 del mismo Texto Legal, debiendo penalizarse por todas las veces que se consideren probados que se cometieron los hechos y una vez que este Tribunal haya resuelto el motivo primero de este recurso por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º y referido dicho motivo a que recogiendo en la sentencia como declarados los actos cometidos al menos siete veces, debieron reconocerse como hechos probados siete delitos de abusos sexuales de los arts. 181 apartado 1, y 2.1º y 182, del Código Penal, con la concurrencia de agravamiento por prevalimiento de ascendiente.

V.-Por infracción de ley, acogido al número 1º del art. 849 de la LECrim, por infracción del art. 182, párrafo primero, en relación con el art. 181, apartados 1 y 2.1º, ambos del Código Penal, por falta de aplicación de ambos artículos.

VI.-Por infracción de ley, con base en el núm. 1 del art. 849 de la LECrim, por infracción de los artículos 110 y 116 del Código Penal, normas infringidas por su indebida aplicación.

QUINTO.-Instruido el Ministerio Fiscal y las partes respectivamente de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.-Hecho el oportuno señalamiento se celebró la vista prevenida el día 10 de marzo de 1999. Previamente se da cuenta del cambio en la composición de la Sala sin que se objete alegación alguna.

Por la defensa del procesado la Letrada señora Gil Pérez sostiene el recurso informando, desistiendo expresamente del quinto motivo del recurso, y haciendo constar que el condenado recurrente se encuentra actualmente en libertad provisional por esta causa.

Por la acusación particular la Letrada señora Pascual Andreu sostiene su recurso informando y seguidamente impugna el recurso de contrario. El Letrado del procesado se remite a su escrito de contestación al recurso de la acusación particular.

Por el Ministerio Fiscal en primer lugar se apoya el motivo segundo del procesado. En último lugar impugna el resto de los motivos de los dos recursos y se remite a su escrito obrante en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Luis Alberto B. M.

PRIMERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación legal del condenado, don Luis Alberto B. M. articulado por el cauce del art. 849.1º de la LECrim y del art. 5.4º LOPJ (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]). Analiza la parte recurrente las declaraciones de la supuesta víctima del delito (hija del acusado, de 9 años de edad cuando prestó declaración en el juicio oral), contrastando sus manifestaciones en el acto del juicio oral con las realizadas anteriormente durante las actuaciones sumariales -que se estiman realizadas al margen del principio contradictorio y con quiebra del derecho de defensa, al no haber permitido la intervención directa de la representación letrada del acusado en la práctica de las declaraciones- y llegando a la conclusión de que son insuficientes como prueba de cargo para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

SEGUNDO.- Como señala la Sentencia 1029/1997, de 29 de diciembre (RJ 1997\9218), el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal

otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean **generalmente** castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Como regla del juicio el principio de presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva que el control por el Tribunal Constitucional del cumplimiento del referido principio constitucional se limite a la constatación de la concurrencia de una suficiente prueba de cargo, lícitamente practicada, pero los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no sólo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, **imponiendo** la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada **fuera de toda duda razonable**. No deben confundirse los límites del control constitucional, e incluso casacional, con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

TERCERO.- La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querella, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

Es por ello por lo que, en estos supuestos, el control casacional no puede limitarse a la mera constatación formal de que dicha declaración es hábil para ser valorada como prueba de cargo, sino que va más allá, **verificando la racionalidad del proceso decisorio** que fundamenta la condena, como también sucede, por ejemplo, en los supuestos de prueba indiciaria. Ha de recordarse que el recurso de casación penal, además de su función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina, cumple en nuestro ordenamiento la función de satisfacer el derecho fundamental de todo condenado a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal Superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [RCL 1977\893 y ApNDL 3630]) y, en consecuencia, ha de reconocérsele un espacio propio de control, diferenciado y más intenso en el plano jurisdiccional que el atribuido al recurso de amparo; espacio limitado en cualquier caso por el respeto al principio de inmediación.

CUARTO.- En consecuencia esta Sala ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, **ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente** la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. (Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de septiembre de 1988 [RJ 1988\7070], 26 de mayo y 5 de junio de 1992 [RJ 1992\4487 y RJ 1992\4857], 8 de noviembre de 1994 [RJ 1994\8795], 27 de abril y 11 de octubre de 1995 [RJ 1995\3381 y RJ 1995\7852], 3 y 15 de abril de 1996 [RJ 1996\2866 y RJ 1996\3701], etc.).

QUINTO.- Los delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afectan a menores y aún más si se producen en el ámbito familiar, merecen un especial reproche moral y social, que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela que los menores merecen como víctimas de los mismos. Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso puede aceptarse que el carácter especialmente odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal, y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental de nuestra civilización, presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Cuando el Tribunal Constitucional, respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuido a los Juzgados y Tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser una prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al Tribunal sentenciador, ello no significa, en absoluto, que con dicha declaración quede **automáticamente desvirtuada** la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar una supuesta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración, como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de racionalidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba. Precisamente este defectuoso entendimiento de la doctrina constitucional es lo que ha forzado a esta Sala, cumpliendo su función nomofiláctica que no puede excluir

de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es la de la valoración probatoria, a señalar en una reiterada jurisprudencia cuáles son los tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de la valoración racional de la declaración del denunciante como prueba de cargo. (SSTS 28 de septiembre de 1988, 26 de mayo y 5 de junio de 1992, 8 de noviembre de 1994, 27 de abril y 11 de octubre de 1995, 3 y 15 de abril de 1996, 30 de septiembre y 29 de diciembre de 1997 [RJ 1997\6831]).

SEXTO.- Cabe señalar adicionalmente, como destacan las Sentencias núms. 990/1995, de 11 de octubre (RJ 1995\7852) y 331/1996, de 11 de abril (RJ 1996\3698), que en los casos de separaciones matrimoniales conflictivas, en que existe litigio sobre la custodia o/y el ejercicio y las circunstancias del derecho de visita, la experiencia judicial lamentablemente acredita que no son infrecuentes las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad y tienen como finalidad influir sobre la decisión de custodia. Por ello, estos casos deben examinarse con suma atención y cuidado para evitar una posible condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia enfrentado como única prueba acusatoria a las manifestaciones cambiantes de un niño de temprana edad que puede estar influenciado por su entorno familiar.

En definitiva cuando la única base en que se fundamenta la acusación son las manifestaciones de un menor, el móvil de resentimiento, enemistad, o interés -anterior a los hechos- que puede afectar a su credibilidad subjetiva hay que buscarlo no ya en el propio menor sino en el entorno familiar que puede influir sobre su testimonio.

SEPTIMO.- Analizando ya específicamente el supuesto actual se aprecia que la denuncia de infracción de la presunción constitucional de inocencia se efectúa cuestionando la credibilidad del testimonio de una de las víctimas, la mayor de las hijas del acusado, que fue la única que prestó declaración en el acto del juicio oral. Ahora bien en el caso ahora enjuiciado nos encontramos con algunas pruebas adicionales que refuerzan el citado testimonio e impiden subsumir la sentencia impugnada entre aquellas en las que la única prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia consiste en la declaración de la supuesta víctima del delito. En primer lugar existe un dictamen pericial ginecológico, que aprecia en la menor la existencia de una dilatación del orificio vaginal o introito (incremento anormal de diámetro del acceso vaginal), vagina amplia y ausencia casi completa de membrana himeneal, tratándose de una lesión ya antigua, objetivada y que avala la existencia de abusos consistentes en la reiterada introducción de un dedo en la vagina de la menor. Si bien esta prueba pericial, imparcial y plenamente convincente, no acredita la autoría de los abusos sí demuestra su existencia, ratificando por medios externos y objetivos la versión de la víctima sobre su producción.

Asimismo contó el Tribunal sentenciador con dos testimonios directos y presenciales, cuya credibilidad al propio Tribunal compete valorar. En efecto, a diferencia de otras acusaciones por abusos sexuales de menores en las que los testimonios de las personas allegadas son meramente referenciales, narrando lo que la víctima les contó, en el caso actual la Sala sentenciadora dispuso también como prueba de cargo, de declaraciones prestadas por **testigos presenciales** acerca de dos de los episodios de abuso sexual objeto de denuncia (uno de ellos, respecto de la hija mayor, narrado en el juicio por una tía abuela de la niña, doña Isabel G. R., y otro, respecto de la más pequeña, narrado por la madre, doña María Dolores S. G.), testimonios directos que a la Sala sentenciadora compete valorar, con las ventajas que

proporciona la inmediación y las garantías de la oralidad y contradicción.

Asimismo dispuso la Sala del dictamen pericial de la psiquiatra que ha asistido a la menor en relación a las secuelas psicológicas que los hechos le han producido, y que avala la credibilidad de su testimonio, así como de otras declaraciones sobre aspectos periféricos, entre ellas la de un familiar a quien el acusado señala como supuesto responsable alternativo de los abusos, habiendo apreciado directamente el Tribunal sentenciador la credibilidad de los testimonios y versiones contrastadas.

OCTAVO.- El derecho a la presunción de inocencia, según la doctrina de esta Sala, alcanza sólo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales (cfr. STS 7-4-1992 [RJ 1992\2867]). Igualmente, en reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario tiene dicho esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (cfr. SSTS 22-9-1992 [RJ 1992\7215] y 30-3-1993 [RJ 1993\2931]).

En el caso actual, por tanto, disponiendo el Tribunal sentenciador de **una prueba pericial acreditativa de la realidad de los abusos y de testimonios presenciales acerca de su autoría**, además del testimonio de la víctima **prestado en su presencia** en el acto del juicio oral **y con las debidas garantías de contradicción**, testimonio que convence racionalmente a la Sala de instancia (fundamento jurídico segundo «in fine»), ha de estimarse respetado el principio de presunción de inocencia, en el ámbito que este Tribunal casacional -carente de inmediación- puede controlar, incumbiendo la responsabilidad de la valoración en conciencia de la prueba de cargo efectivamente practicada en su presencia al Tribunal sentenciador, como núcleo esencial de su facultad de enjuiciar.

Si a ello añadimos que en el caso actual no se aprecian causas de incredibilidad subjetiva, pues fue precisamente el descubrimiento de los abusos lo que provocó el enfrentamiento de los progenitores de las menores, originando su inmediata denuncia, que la declaración de la víctima se encuentra objetivamente corroborada por el dictamen pericial, y que se ha mantenido de modo persistente, prolongándose en el tiempo desde la primera declaración sumarial, habiéndose prestado de forma plural, sin ambigüedades ni contradicciones sustanciales, ha de desestimarse la denuncia formulada de vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, y con ella este primer motivo de recurso.

NOVENO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del art. 182 en relación con el 4.1º del Código Penal, a los hechos relatados en el ordinal primero, letra a) de la declaración de hechos probados.

Estima la parte recurrente que «los dedos», ni desde el punto de vista gramatical, ni a criterio de la jurisprudencia o doctrina legal, ni desde la perspectiva de la Fiscalía General del Estado, ni desde la

posición de la doctrina científica, constituyen **objetos** a los efectos del tipo agravado de abusos sexuales del art. 182 del Código Penal; de lo contrario se incurriría en una interpretación extensiva, contraria al reo, de las normas penales, con violación del art. 4.1 del Código Penal, que dispone que las Leyes Penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

El motivo, **apoyado por el Ministerio Fiscal**, debe ser estimado. En efecto el art. 182 del Código Penal equipara punitivamente al acceso carnal la «introducción de objetos» pero esta Sala ya ha señalado, en su Sentencia de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994\727), que los dedos no pueden ser considerados como «objetos» a los efectos agravatorios de la sanción penal de la agresión sexual, asumiendo expresamente el criterio acogido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/1990 (RCL 1991\530). Los tipos penales deben necesariamente ser interpretados en forma taxativa o estricta (arts. 1.1º y 4.1º del Código Penal de 1995 [RCL 1995\3170 y RCL 1996\777]), no pudiendo extenderse la expresión «objetos», que lingüísticamente equivale a cosas inanimadas o inanes, hasta incluir en ella partes del cuerpo humano, como los dedos o la lengua, que en el lenguaje usual nunca son denominados objetos, pues ello equivaldría a aplicar una circunstancia agravatoria a un supuesto distinto del expresamente previsto en la Ley Penal que la establece.

La Sala sentenciadora, al reconocer que la doctrina de esta Sala excluye los dedos de la calificación de objetos a los efectos agravatorios de la agresión sexual, pero estimar que la introducción de los dedos en la vagina de una mujer «constituye un supuesto que se encuentra entre el acceso carnal y la introducción de objetos, y por tanto comprendido en la misma norma» está en realidad aplicando la «analogía "in malam partem"» pues admite que se trata de un caso diferente de los expresamente previstos en la ley («entre el acceso carnal y la introducción de objetos», pero diferente de ambos), y sin embargo lo incluye en la agravación por estimarlo de similar entidad, es decir extendiendo analógicamente la norma sancionadora más allá de sus términos expresos, en perjuicio del reo. Esta modalidad de aplicación normativa no resulta legalmente admisible, conforme a lo establecido en el art. 4.1º del Código Penal de 1995 que dispone que «las Leyes Penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos **expresamente** en ellas».

En definitiva por «objetos» a estos efectos agravatorios de los delitos de agresión y abuso sexuales, ha de entenderse aquellos elementos materiales, inanimados o inanes -excluyendo, por tanto, los órganos o partes del cuerpo humano- cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo, calificando los hechos que el Tribunal sentenciador había sancionado aplicando el art. 182 del Código Penal, como abusos sexuales del art. 181.1º y 2º.1), con la agravación prevenida en el art. 192, ínsita en el relato fáctico y abarcada por la acusación formulada.

DECIMO.- El tercer motivo del recurso interpuesto, también por infracción de ley del art. 849.1º de la LECrim, denuncia la vulneración por falta de aplicación del art. 74 del Código Penal de 1995 a los

hechos relatados en el ordinal primero, letras a) y b) y, en su caso, letra c), al integrar todos ellos un delito continuado de abusos sexuales de los arts. 74, 181 núms. 1º y 2º.1º, y 192, números 1º y 2º del Código Penal.

Como recuerda la reciente Sentencia núm. 878/1998, de 24 de junio (RJ 1998\5696), una doctrina muy consolidada de esta Sala estima aplicable la institución del delito continuado en los supuestos de abusos sexuales. Para ello la jurisprudencia exige el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo. (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996 [RJ 1996\7831 y RJ 1996\9654], entre otras). Este criterio se ha reiterado, entre otras, en Sentencias de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996\1951), 8 de julio de 1997 (RJ 1997\5487), 12 de enero, 16 de febrero, 22 de abril y 6 de octubre de 1998 (RJ 1998\45, RJ 1998\1740, RJ 1998\4710 y RJ 1998\8045), en supuestos similares al aquí enjuiciado.

El caso actual, en relación con la sucesión de conductas abusivas realizadas por el acusado sobre su hija Cristina, se presenta como paradigmático de la exteriorización de un dolo único, prolongado en el tiempo, al reiterarse el mismo comportamiento de aprovechamiento sexual en similares ocasiones, dentro de un contexto homogéneo y sobre un mismo sujeto pasivo, correspondiendo los sucesivos tocamientos a un mismo propósito dirigido al mantenimiento continuado de una relación abusiva.

El motivo, por tanto, debe ser necesariamente estimado, en coherencia con el criterio ya expresado por esta Sala en supuestos similares, si bien como señala la Sentencia núm. 460/1997, de 11 de abril (RJ 1997\2778), cuando nos encontramos con dos sujetos pasivos diferenciados, los hechos correspondientes a cada una de las dos víctimas deben sancionarse separadamente.

UNDECIMO.- El cuarto motivo del recurso, también por infracción de ley, denuncia la indebida aplicación del art. 181 del Código Penal a los hechos descritos en el apartado c) del relato fáctico, por estimar que no existe ánimo lascivo o libidinoso en la conducta descrita.

Su desestimación se impone pues exigiendo el cauce casacional elegido un escrupuloso respeto del relato fáctico, del mismo cabe deducir la concurrencia en la conducta descrita de los elementos integradores del tipo objeto de sanción, incluido el ánimo erótico o sexual, que la Sala infiere racionalmente de la materialidad del hecho.

El quinto motivo fue expresamente desistido en el acto de la vista.

El sexto motivo, por infracción del art. 66.1º al no razonarse en la sentencia la individualización de las penas, ha quedado sin contenido dada la estimación del segundo y tercero, que deja sin efecto los términos punitivos concretos de la condena impuesta.

DUODECIMO.- El séptimo motivo de recurso, por infracción de ley, al amparo también del art. 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del art. 56 del Código Penal en lo relativo a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Estima la parte recurrente que las penas accesorias del art. 56 del Código Penal, entre las que se encuentra la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, han de tener relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse en la sentencia esta vinculación. Considera el recurrente que el derecho al sufragio pasivo no guarda relación alguna con el delito de abusos sexuales, llegando a argumentar que la historia antigua, moderna y contemporánea informa de excelentes políticos autores de «prácticas sexuales poco ortodoxas», citando incluso como ejemplo a un Jefe de Estado americano, todavía en ejercicio, por lo que interesa que se deje sin efecto dicha pena accesoria.

Pese al apoyo prestado por el Ministerio Fiscal el motivo debe ser necesariamente desestimado.

El artículo 56 «in fine» del Código Penal de 1995 establece la exigencia, para la imposición de determinadas penas accesorias, de que los derechos afectados por estas penas «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». Este requisito se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido», pero no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir a la mera **suspensión** de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así se deduce, en primer lugar, de una interpretación gramatical del precepto a través de su atenta lectura y de la utilización de la expresión «éstos», ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación especial a que se refiere el artículo. En segundo lugar, de su interpretación sistemática que vincula esta limitación con lo dispuesto en los arts. 42 y 45 del mismo Texto Legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados. En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, pues dicha limitación tiene su antecedente en el art. 41.2º del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670) y en la doctrina de esta Sala que exigía una relación directa, e incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido (Sentencia de 9 de junio de 1989 [RJ 1989\5058], entre otras) . En cuarto lugar de su interpretación lógica, pues el criterio contrario conduciría al absurdo, al determinar que un Alcalde, por ejemplo, habría de seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de delitos no directamente relacionados con su cargo, no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena. Y, en quinto lugar, de su interpretación teleológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, pues si bien está plenamente justificado limitar la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, como pena accesoria, a aquellos supuestos en que hubieran tenido relación **directa** con el delito cometido, de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas que determina que éstas sólo se aplicarán cuando sean necesarias y en la medida en que lo sean, y también lo está en el supuesto de **inhabilitación especial** para empleo o cargo público, que conforme a lo dispuesto en el art. 42 produce la **privación definitiva** del empleo o cargo sobre el que recae, no concurre la misma justificación para las penas de suspensión de empleo o cargo público, cuyo efecto se limita a privar de **su ejercicio** al penado **durante el tiempo de la condena**, art. 43, o de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que únicamente priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44), cuyo efectivo ejercicio es notoriamente incompatible con la pena de prisión impuesta. El contenido, naturaleza

y duración de estas penas las vincula directamente con las limitaciones necesariamente determinadas por los efectos propios de la pena de prisión, incompatible con las exigencias de todo orden -incluso de honorabilidad- que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de una innecesaria, y generalmente no concurrente, relación directa con el delito cometido.

En definitiva, el art. 56 del Código Penal de 1995, emplea una expresión preceptiva, «impondrán», y no potestativa, «podrán imponer», por lo que ha de deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas. En consecuencia, cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido, y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio, como sucede en el caso actual en el que el recurrente ha sido condenado por abusos sexuales, la pena accesoria a imponer es precisamente la residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como ha hecho correctamente el Tribunal «a quo» en la sentencia impugnada.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO.- El octavo motivo de recurso, también por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los arts. 123 y 124 del Código Penal, en lo que respecta a las costas de la acusación particular. Estima el recurrente que dichas costas no debieron incluirse en la condena pues la intervención de la acusación particular fue perturbadora, movilizand o grupos de presión, dando al caso unas proporciones inusitadas y propiciand o una condena desproporcionada.

El motivo no puede ser estimado por carecer de fundamento. El art. 124 del Código Penal de 1995, que impone la obligatoriedad de la inclusión de los honorarios de la acusación particular en los delitos solamente perseguibles a instancia de parte, no se pronuncia en lo que se refiere a los demás hechos delictivos, **dejando subsistentes los criterios jurisprudenciales en esta materia**. Conforme a éstos (SSTS 27 de noviembre de 1992 [RJ 1992\9547], 27 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9800], 26 de septiembre de 1994 [RJ 1994\7194], 8 de febrero, 27 de marzo, 3 y 25 de abril de 1995 [RJ 1995\832, RJ 1995\2242, RJ 1995\2806 y RJ 1995\2874], 16 de marzo y 7 de diciembre de 1996 [RJ 1996\1985 y RJ 1996\8925], entre otras), la exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito (que constituyen perjuicios para la víctima, derivados directamente de la voluntaria ejecución del delito por el condenado), únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, lo que no sucede en el caso actual, en el que la propia Sala sentenciadora destaca la relevancia de la intervención de dicha parte «durante todo el curso de la causa», o bien gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables, lo que **tampoco** sucede en este caso, pues los hechos delictivos objeto de su acusación se han estimado acreditados, sancionándose como abusos sexuales tal y como interesaba la acusación, si bien con las discrepancias valorativas propias de las cuestiones discutibles en derecho; debiendo atenderse exclusivamente a la posición procesal de la parte, prescindiendo de supuestas actuaciones extraprocesales que no constan en las actuaciones.

DECIMOCUARTO.- El primer motivo del recurso de la representación legal de doña María Dolores S. G., personada como acusación particular, se articula por error de hecho en la valoración de la prueba al amparo del número dos del art. 849 de la LECrim, fundamentando el supuesto error en los dictámenes periciales de una psiquiatra y una psicóloga.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 24 de enero de 1991 [RJ 1991\282] y 22 de septiembre de 1992 [RJ 1992\7237], entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art. 849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurran los requisitos siguientes: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del juzgador, esto es, que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la LECrim; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo la doctrina de esta Sala (Sentencia 834/1996, de 11 de noviembre [RJ 1996\8247], entre otras muchas), admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como **base única** de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del Tribunal. En el primero porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin

otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos, como dice la Sentencia núm. 310/1995, de 6 de marzo (RJ 1995\1811), ante un «discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico».

DECIMOQUINTO.- En el caso actual no concurren los referidos requisitos. En efecto, los dictámenes periciales se citan por la parte recurrente no por su contenido acreditativo propio, sino en lo que pueden avalar la credibilidad, por ausencia de fabulación, del testimonio de la menor Cristina, a los efectos de acreditar que los abusos se produjeron en más de tres ocasiones. En consecuencia el supuesto error del Tribunal no resultaría de una prueba documental, y ni siquiera pericial, sino de una declaración testifical, que, como ha declarado reiteradísimamente esta Sala, es inhábil para fundamentar el presente motivo casacional.

Huelga argumentar, adicionalmente, que aun cuando se otorgase valor documental a la referida declaración tampoco acreditaría error alguno, pues la sentencia no niega que se hubiesen producido los abusos en más de tres ocasiones (el hecho probado señala literalmente: «un número indeterminado de veces, nunca inferior a tres»), y además de ello, el motivo carece de la menor practicidad punitiva, dada la limitación establecida en el art. 76.1 del Código Penal vigente, máxime cuando se ha apreciado en esta sentencia casacional la continuidad delictiva, que engloba la sucesión de comportamientos abusivos sobre la misma víctima en un único delito de carácter continuado (fundamento jurídico décimo).

DECIMOSEXTO.- El segundo motivo de recurso, por el mismo cauce casacional, alega error de hecho en la apreciación de la prueba al no haber apreciado el Tribunal la existencia de penetraciones vaginales, mediante introducción parcial, lo que se pretende acreditar a través de la revisión de la prueba pericial practicada.

El motivo carece de fundamento, pues ya se ha señalado con anterioridad el carácter excepcional de los supuestos en que los dictámenes periciales son hábiles a los efectos de este motivo casacional, supuesto excepcional que no concurre en el caso actual. En realidad los dictámenes periciales no sólo no acreditan lo que pretende la parte recurrente, sino que sostienen precisamente lo contrario, discrepando la recurrente de las conclusiones de los referidos dictámenes para elaborar las propias. Más que sostener que el Tribunal se ha apartado irracionalmente de las conclusiones de los dictámenes periciales, la parte recurrente sostiene que podría haberse llegado a otra conclusión, con otra valoración distinta, olvidando que el recurso de casación no permite sustituir la valoración probatoria del Tribunal sentenciador en su apreciación de las pruebas personales practicadas en su presencia.

El tercer motivo de casación reproduce la misma problemática, sustituyendo la introducción «parcial» por la introducción «vestibular», estimando que al señalar el Tribunal que el acusado llegó a «aproximar» su pene a la vagina de la menor sin llegar a penetrarla, ha de entenderse que se produjo una penetración vestibular. El motivo, incorrectamente encauzado por el número dos del art. 849 de la LECrim, debe ser necesariamente desestimado pues ni se deduce el supuesto error del Tribunal de documento alguno, ni «aproximar», que significa acercar, puede equipararse a «introducir», como pretende la recurrente, en una interpretación «contra reo» y contraria también a la convicción alcanzada por el Tribunal sentenciador.

DECIMOSEPTIMO.- El cuarto y quinto motivo de recurso, por infracción de ley, son subsidiarios

de la previa modificación del resultando fáctico por estimación de los anteriores, bien en cuanto al número -superior a tres- de actos abusivos, bien en cuanto a la realidad de la penetración, que el Tribunal sentenciador estima no se produjo ni se intentó producir, por lo que, dada la desestimación de los anteriores motivos por error de hecho, deben también decaer los presentes.

El sexto motivo de recurso, al amparo del art. 849.1º por infracción de ley, interesa el aumento de la cifra indemnizatoria señalada (tres millones de pesetas) solicitando su incremento a ocho millones. El motivo debe ser desestimado pues este Tribunal ha señalado reiteradamente que la cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentenciador no es revisable en casación cuando no rebasa o excede lo solicitado por las partes acusadoras, y cuando lo que se discute es el «quantum» de la indemnización y no sus bases, que el Tribunal ha tomado en consideración sin error alguno (SSTS 23 de marzo 1987 [RJ 1987\2199], y 27 de mayo de 1994 [RJ 1994\4058], 28 de noviembre y 20 de diciembre de 1996 [RJ 1996\8889 y RJ 1997\1125] y 16 de mayo de 1998 [RJ 1998\4878], entre otras muchas), constituyendo en el caso actual la indemnización establecida el resultado razonable de la ponderación efectuada por el Tribunal «a quo», en uso de sus facultades jurisdiccionales, a la vista de las circunstancias concurrentes para evaluar un daño moral difícilmente traducible en términos económicos. La cuantificación concreta puede ser o no compartida, pero no incurre en infracción legal alguna, revisable casacionalmente.

Procede, por todo ello la íntegra desestimación del recurso interpuesto por la acusación particular.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos **no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por **María Dolores S. G. (como acusación particular)**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª).

Por el contrario, debemos **estimar y estimamos** el recurso interpuesto por **Luis Alberto B. M.**, contra igual sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), **casando y anulando parcialmente** dicha sentencia y declarando de oficio las costas de este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución y la que seguidamente se dicte a los recurrentes, Ministerio Fiscal y Audiencia Provincial arriba indicada, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la

Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Análisis de supuestos

I.

Fuente del problema interpretativo:

1. Art. 268 Código Penal de 1995:

“1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuviesen separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y *hermanos* por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si vivieren juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”.

Identificación del problema interpretativo que vamos a examinar:

¿Rige la exención de responsabilidad penal en estos delitos para los hermanos, vivan juntos o no, o sólo para el caso de que vivan juntos?

Estamos ante un caso de *ambigüedad sintáctica*: la condición “si vivieren juntos” puede referirse o bien solamente a “los afines en primer grado”, o bien a todos los casos de parentesco que se enumeran.

Por consiguiente, una interpretación extensiva de la cláusula exoneradora (y simultáneamente restrictiva de los supuestos de responsabilidad penal) alargará la exoneración a los hermanos que no vivan juntos (y también a los otros parientes enumerados, aunque aquí no nos ocupemos de esos otros supuestos), mientras que una interpretación restrictiva de tal cláusula la acortará meramente a los hermanos que vivan juntos, con lo cual sí habrá responsabilidad penal cuando no exista dicha convivencia.

Análisis de jurisprudencia sobre el tema

STS de 20 de diciembre de 2000, Sala Penal (Ponente C. Granados Pérez).

Fallo: exención de responsabilidad penal, aun cuando los hermanos no viven juntos.

Argumentos empleados:

i) *Histórico-comparativo*.

Expresión del argumento: el precepto del Código Penal anterior referido al tema y sustituido por éste (art. 564 del Código Penal derogado) “exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal”²⁵⁷. Entiende por ello el Tribunal que “El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal”.

Evaluación de la fuerza del argumento: Carece de toda fuerza porque:

a) Que una norma sustituya a otra no significa que haya de contener regulaciones opuestas a ella en todos sus extremos.

b) Hay una petición de principio, consistente en que el Tribunal da por sentado aquello precisamente que es objeto de discusión y que hay que fundamentar: que el significado de la redacción del actual art. 268 es en lo referente a los hermanos distinto del que tenía el antiguo art. 564. Es verdad que en éste estaba más clara la exigencia expresa de convivencia entre los hermanos para la exoneración de responsabilidad, pero de la ambigüedad sintáctica del art. 268 actual no se desprende que dicha convivencia ya no se exija, sino que tal exigencia o no depende de cómo se interprete la expresión problemática, y esa interpretación no puede darse por supuesta ni tenerse por obvia sin argumentarla.

En conclusión, el argumento histórico-comparativo aquí usado carece de toda fuerza de convicción, pues da por sentado lo que había que argumentar.

ii) *Literal*.

Expresión del argumento: “Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige, por el contrario,

²⁵⁷ Siempre que no se indique otra cosa, los entrecomillados contienen citas de la Sentencia comentada.

cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros”.

Evaluación de la fuerza del argumento: contiene una nueva petición de principio, pues pretende presentar como unívoco aquello que precisamente por ser ambiguo requiere una interpretación que opte fundamentadamente entre una de las dos interpretaciones posibles. Es decir, presenta como evidente un único significado, cuando el problema justamente nace de que los significados pueden gramaticalmente ser dos.

Por consiguiente, este argumento literal carece de toda fuerza de convicción, pues da por sentado lo que había que argumentar.

iii) *Argumento al absurdo.*

Expresión del argumento: “Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria”.

Evaluación de la fuerza del argumento: Es necesario descomponer el argumento para su análisis riguroso. El razonamiento que contiene podemos desgranarlo en los pasos siguientes:

- El enunciado del art. 268 otorga el mismo tratamiento, sea el que sea, a los ascendientes y descendientes y a los hermanos. Es decir, si la exigencia de convivencia para la exoneración de responsabilidad penal rige para los hermanos, regirá igualmente para ascendientes y descendientes; y si se entiende que no se establece tal requisito, no estará establecido ni para los unos ni para los otros. Por tanto, la solución interpretativa que se dé tendrá que ser la misma para hermanos, ascendientes y descendientes.

- Parece admisible imaginar que la convivencia se exigiera para librar de responsabilidad a los hermanos, pero hacerlo así con ascendientes y descendientes (que deberían entonces tener idéntico tratamiento, por lo que acabamos de decir en el punto anterior) conduce al absurdo. Es decir, está afirmando el Tribunal aquí que es absurdo entender que los ascendientes y descendientes de la víctima sólo quedan liberados de responsabilidad penal por los delitos patrimoniales cuando convivan con ese su pariente (hijo, padre, nieto, abuelo...) que sufre el delito.

Un correcto uso de un argumento al absurdo consiste en descartar una de las interpretaciones en litigio y *prima facie* posibles por las consecuencias absurdas, contraintuitivas, opuestas a evidencias difícilmente discutibles, a que tal interpretación conduciría si gobernara el fallo. El absurdo en cuestión puede ser de distinto tipo (lógico, empírico...), pero siempre ha de apreciarse con claridad, bien porque conste por sí mismo de modo bien evidente, bien porque se expliciten razones que lo hagan suficientemente patente. En el caso que nos ocupa tal evidencia por sí no se ve, por lo que hemos de estar a las razones que el Tribunal nos aporta. Estas razones del absurdo son éstas, como ya hemos visto: requerir la convivencia entre la víctima y sus ascendientes o descendientes (ya sabemos que lo que digamos para éstos hay que decirlo también para los hermanos, y viceversa) “supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria”. Así que esta excusa absolutoria, rija para quien rija, tiene unas razones que se vulneran hasta el absurdo si se exige la convivencia de ascendientes o descendientes con la víctima. La validez, pertinencia y fuerza de este argumento al absurdo depende de que se den las condiciones siguientes:

- Total evidencia de las aludidas razones de política criminal o, en su defecto, explicitación plenamente convincente de ellas.

El Tribunal no explicita esas razones de política criminal y parece difícilmente creíble que sólo quepa una concepción de ellas. ¿Acaso no podemos pensar que el Derecho quiere sólo exonerar a los parientes que convivan, asumiendo que la falta de convivencia se debe a veces a situaciones de tal distancia y falta de relación que equiparan perfectamente a dichos parientes a perfectos extraños? Basta pensar en supuestos de larga enemistad, ausencia total de toda relación personal, lejanía geográfica y distanciamiento emocional, etc. ¿Por qué va a estar exonerado de responsabilidad penal por un robo que contra mí comete un abuelo o un nieto míos que tal vez no he visto nunca y con el que nunca he tenido ni el más ligero trato?

- Acreditación bastante de que la interpretación en cuestión (el entender que la exigencia de convivencia vale también para ascendientes y descendientes) efectivamente conduce a consecuencias

tan radicalmente incompatibles con aquellas razones de política criminal que podemos tildarla de absurdas.

El Tribunal no argumenta esto ni lo más mínimo, lo presenta como evidente de suyo cuando en verdad esa evidencia tiene mucho más de interrogante que de claridad. Es más, difícilmente se aprecia qué tiene que ver lo que dice con lo que se debate. Así, ¿por qué va a suponer más intervención del derecho penal (tanto como para que se tilde de absurda por excesiva) el que éste exija condiciones más estrictas (la convivencia, no bastando el mero parentesco en línea ascendente o descendente) para la exoneración de responsabilidad? Se dice que tal grado de intervención penal iría en contra de las razones de política criminal que justifican esta excusa absolutoria, pero ya hemos dicho que tales razones que se presuponen unívocas e indiscutibles ni se especifican ni hay por qué pensarlas con tal homogeneidad.

En conclusión, el argumento al absurdo usado por el Tribunal tiene muy escasa o nula fuerza de convicción.

Notas complementarias.

El Tribunal se ampara también en la decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, reunido el 15 de diciembre de 2000 y que “se decantó mayoritariamente en favor de la posición que no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la excusa absolutoria”. Pero como ni se dan en la Sentencia que comentamos ni constan las *razones* de esa opción tomada por dicho Pleno, su invocación es un mero argumento de autoridad no vinculado a razón alguna y, por tanto, de nula eficacia en términos de convicción racional.

Por otro lado, el Tribunal no hace ningún uso de argumentos que aquí podrían haber sido plenamente efectivos, como el del *favor libertatis* que puede encontrar fácil acomodo en la jurisprudencia penal como justificación de la opción interpretativa más favorable al reo.

Balance final.

El fallo de la Sentencia tiene una fundamentación racional escasísima o prácticamente nula, pues no se sostiene en ningún argumento que reúna la doble condición de ser lógicamente correcto, sin falacias, y expresar razones mínimamente convincentes para un observador razonable.

Análisis del voto particular a esta Sentencia (presentado por R. García-Calvo y Montiel).

Se opone a la opinión mayoritaria de la Sala con los siguientes argumentos:

i) Doctrinal.

Expresión del argumento: “en el campo doctrinal algunos autores sostienen la innecesidad de la convivencia entre hermanos y otros afirman la necesaria concurrencia de dicha circunstancia”.

Evaluación de la fuerza del argumento: se dirige contra la apariencia de evidencia e indiscutibilidad que la Sentencia quiere dar a su opción interpretativa, y en ese sentido es eficaz, al mostrar que no podemos presentar como claro e irrefutable lo que es objeto de gran discusión. Sin embargo, al no respaldar su afirmación con ninguna indicación bibliográfica o de autor contrastable el argumento es deficiente y su valor queda a expensas de que el lector constate por su cuenta su verdad o no.

ii) Literal

Expresión del argumento: “la locución adverbial” << así como >> utilizada por el legislador, “según el Diccionario de la Real Academia Española, denota comparación equivalente <<a de igual manera que>>” (sic).

Evaluación de la fuerza del argumento: no tiene ninguna fuerza. Aun cuando sustituyamos en el enunciado del art. 268 la expresión “así como los afines” por la expresión “de igual manera que”, estaríamos usando sinónimos que dejan idemne la duda interpretativa, pues nada aportan para saber si el “si vivieren juntos” se refiere sólo a los afines o a todos los parientes hasta ahí enumerados.

iii) Sistemático.

Expresión del argumento: “De ello son reflejo... las precisiones en torno a las situaciones de ruptura matrimonial”.

Evaluación del argumento: La muy deficiente expresión del argumento le quita una parte de su posible fuerza de convicción, vinculado al argumento al absurdo que veremos a continuación y que va de la mano con éste, que es tributario de él.

iii). Al absurdo por razones de coherencia.

Expresión del argumento: “De no ser así, se homologarán jurídicamente situaciones de esperpéntica impunidad en las que, a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos, podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios ... bajo el amparo protector de la <<fraternidad>>”.

Evaluación de la fuerza del argumento: Estamos ante un argumento potente, aunque muy deficientemente desarrollado. Podemos reconducirlo a los siguientes pasos:

a) El legislador ha dispuesto que los cónyuges sólo están exentos de responsabilidad penal por los delitos de los que aquí se trata si no están “separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio”. Por tanto, parece claro que se quiere que la exención de responsabilidad entre cónyuges opere sólo cuando conviven.

b) Correlativamente, cuando los cónyuges están incursos en situaciones que muestran mala o nula convivencia, tal exoneración de responsabilidad no se aplica. Los miembros de una pareja casada y separada o en proceso de separación siguen siendo cónyuges, pero su convivencia no es buena y, por tanto, parece que el legislador consideró que no se dan los requisitos para que opere la exención de responsabilidad por delitos patrimoniales.

c) También los hermanos que viven separados y que tal vez, además, se llevan mal, siguen siendo hermanos.

d) Aquí viene el núcleo del argumento de coherencia: sería absurdo y poco justificable imaginar que el legislador no quiere que responda penalmente un hermano que roba a otro con quien no convive, con el que tiene nulo trato y al que tal vez incluso odia, mientras que al cónyuge en tales circunstancias sí le haría pagar penalmente. ¿Cómo podría justificarse esa situación de ventaja del hermano ladrón en esas circunstancias?

Es un argumento de importante fuerza de convicción. ¿Admite contraargumento? El más fuerte que se nos ocurre es el siguiente. Parece que las interpretaciones posibles de la norma que analizamos son dos: o que el “si vivieren juntos” se aplica sólo a los afines en primer grado (como defiende el autor del voto particular), o que se aplica a todos los parientes enumerados. Pero si elegimos esta última opción interpretativa pasa a contenerse en la norma una redundancia, al menos parcial que haría innecesario que el legislador mencionase que la exención no rige para los cónyuges que han interrumpido su convivencia.

Balance final: estamos ante una sentencia y un voto particular que toman opciones interpretativas válidas de la misma norma, pero que las argumentan de modo sumamente deficiente, con lo que no se ve ninguna razón mínimamente efectiva para respaldar la elección de cualquiera de esas dos posturas. Pero las cosas aún pueden ser peor, como vamos a ver a continuación.

STS de 26 de junio de 2000 (Sala Segunda). Ponente C. Conde-Pumpido Tourón.

En esta sentencia uno de los asuntos que se tocan como dirimientes de la responsabilidad penal o no del acusado es el que estamos tocando, pues se trata también aquí de un delito patrimonial entre hermanos y se discute la interpretación del art. 268 CP. Pues bien, la Sentencia resuelve el tema con el siguiente párrafo, sin más (f. 5º):

“En consecuencia, tal y como interesa también el propio Ministerio Fiscal, única parte acusadora, procede la estimación del motivo pues el art. 268 del Nuevo Código Penal declara exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil a los hermanos, por naturaleza o por adopción, aunque no vivan juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí siempre que no concurriere violencia o intimidación, exención aplicable en el presente caso respecto del delito de estafa”.

Estamos ante un ejemplo verdaderamente de libro de cómo tomar una opción interpretativa sin argumentación ninguna y haciendo pasar una de las varias interpretaciones posibles como única interpretación posible. Por consiguiente, esta decisión interpretativa es totalmente deficiente desde el punto de vista de la racionalidad argumentativa, por lo que se puede decir que carece de fundamento.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 819/1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

EXCUSA ABSOLUTORIA: Personas a las que se aplica: entre hermanos, no es necesario que vivan juntos para ser apreciada.

VOTO PARTICULAR: discrepando del criterio anterior.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19-12-1998, condenó al acusado Bernardo A. S. como autor de una falta de hurto.

Contra la anterior Resolución recurrió en casación el imputado, alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

*El TS **declara haber lugar** al recurso y dicta segunda Sentencia en la que absuelve al imputado Bernardo A. S. de la falta de hurto de la que se le acusaba.*

A continuación se recoge el voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel

Texto:

En la Villa de Madrid, a veinte de diciembre de dos mil.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Bernardo A. S., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada que le condenó por una falta de hurto, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez conforme a lo prevenido en el art. 206 de la LOPJ al formular voto particular el Ponente inicial Excmo. Sr. D. Roberto García Calvo, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador señor N. C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción número 1 de Santa Fe instruyó Procedimiento Abreviado con el número 51/1997, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Granada que, con fecha 19 de diciembre de 1998, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos probados**:

«Sobre las 4 horas del día 29 de septiembre de 1996 el acusado Bernardo A. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, entró por la puerta que se encontraba entreabierta en el domicilio de su hermano José, sito en la localidad de Romilla La Nueva, provincia de Granada, c/ Sierra Nevada núm. ... y del garaje se apoderó de un ciclomotor marca Trueba, número de identificación ..., valorado pericialmente en 45.000 ptas.; el ciclomotor fue posteriormente recuperado y devuelto a su legítimo propietario».

SEGUNDO La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «**Fallo:** Debemos condenar

y condenamos al acusado Bernardo A. S. como autor criminalmente responsable de una falta de hurto, ya definida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de arresto de cuatro fines de semana y al pago de las costas correspondientes a un juicio de faltas, declarando de oficio el resto».

TERCERO Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO El recurso interpuesto se basó en el siguiente **Motivo de casación**:

«Unico.-En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 268 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777)».

QUINTO Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de noviembre de 2000, habiéndose dictado la sentencia fuera de plazo al haberse sometido la cuestión recurrida al conocimiento del Pleno de la Sala que se ha celebrado el día 15 de diciembre de 2000

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 268 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777).

En el recurso, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, se alega la concurrencia de todas las circunstancias que permiten apreciar la excusa absolutoria entre parientes.

El motivo debe ser estimado.

El vigente Código Penal ha dado nueva redacción a la excusa absolutoria entre parientes al disponer, en su artículo 268, que «1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si vivieren juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito».

El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal.

La nueva redacción determinó que esta Sala, en una sentencia de 26 de junio de 2000 (RJ 2000\5794), declarara que los hermanos, aunque no vivan juntos, están exentos de responsabilidad criminal por los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia o intimidación.

La cuestión ha sido llevada al Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en su reunión del día 15 de diciembre de 2000, se decantó mayoritariamente en favor de la posición que no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal.

Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige, por el contrario, cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros.

Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Bernardo A. S., contra sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 19 de diciembre de 1998, en causa seguida por una falta de hurto, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas.

Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la sentencia recaída en el recurso de casación núm. 819/1999.

Mi discrepancia alcanza obviamente al extremo relativo a la fundamentación jurídica de la resolución y, consecuentemente, al contenido de la deliberación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada ahora recurrida condenó al acusado como autor de una falta de Hurto por haber sustraído a su hermano un ciclomotor valorado en 45.000 pesetas, rechazando la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Nuevo Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) dado que «el acusado y perjudicado no vivían juntos, requisito que es aplicable a todos los supuestos previstos en dicho artículo, como se desprende claramente del caso de los cónyuges que sí están separados aunque sea de hecho, no puede operar la mencionada circunstancia».

Frente a tal determinación se alzó el recurrente al entender -apoyado por el Ministerio Público- que, a diferencia de lo previsto en el artículo 564 del Código Penal derogado (RCL 1973\2255 y NDL 5670), la redacción del Nuevo Código Penal no condiciona la aplicación de la excusa absolutoria.

Pues bien, dado que existía una Sentencia -la de 26-6-2000- (RJ 2000\5794) en la que se acogía la tesis del Recurso y dicho criterio no era compartido por quién ahora discrepa como Ponente que habría de redactar la Sentencia, la Sala llamada a decidir ante la discrepancia surgida y con el fin de unificar o rectificar el criterio a seguir en lo sucesivo, sometió a la consideración del Pleno la cuestión, la cual, en definitiva, no es sino puro reflejo de la que existe en el campo doctrinal, donde algunos autores sostienen la innecesariedad de la connivencia entre hermanos y otros afirman la necesaria concurrencia de dicha circunstancia «ya que el Nuevo Código sigue el mismo criterio del derogado y amplía simplemente la excusa absolutoria a los hermanos por adopción, pero siempre a condición de que vivan juntos».

La resolución dictada acoge la decisión mayoritaria resultante de la referida reunión plenaria del 15-12-2000, mas ello no impide que quien discrepa pueda -en exclusiva y única oportunidad- exponer su determinación, puesto que una interpretación gramatical, lógica y sistemática -ésta sí excluyente del absurdo- es, a su juicio, dadas las razones de Política Criminal que justifican la previsión normativa cuya aplicación se cuestiona, la que, abona la tesis de la Sentencia recurrida. De ello son reflejo, tanto las precisiones en torno a las situaciones de ruptura matrimonial como la locución adverbial y coyuntural normativamente utilizada en el Texto Legal que, según el Diccionario de la Real Academia Española, denota comparación equivalente «a de igual manera que». De no ser así, se homologarán jurídicamente situaciones de esperpéntica impunidad en las que, a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos, podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios (eso sí, sin concurrir violencia o intimidación) bajo el amparo protector de la «fraternidad». Al considerar que el legislador no ha querido tal resultado al regular -aun cuando sea con confusa sintaxis- la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal vigente, muestro mi disconformidad en este Voto Particular.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 3799/1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

ESTAFA: Engaño: concepto de engaño «bastante»; existencia: utilizar DNI de hermano para extraer fondos de cuenta de banco cuyo titular es aquél; excusa absolutoria: apreciable.

FALSEDADES: En documento mercantil por particular: existencia: imitar firma de titular de cuenta en talones de «ventanilla».

La Sentencia de la Audiencia de Huelva (Sección 1ª) de 8-7-1998, condenó al acusado Manuel M. B. como autor de un delito de falsedad en documento mercantil cometido por particular con carácter continuado y en concurso medial con un delito de estafa también continuado a la pena de dos años y tres meses de prisión.

Contra la anterior Resolución recurrió en casación el acusado, alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

*El TS **declara haber lugar al recurso** y dicta segunda Sentencia en la que absuelve a Manuel M. B. del delito de estafa que le era imputado, manteniendo en pronunciamiento del Tribunal de Instancia respecto del delito de falsedad en documento mercantil por el que es condenado a la pena de veintiún meses de prisión y nueve meses de multa con cuota diaria de 1.000 ptas.*

Texto:

En la Villa de Madrid, a veintiséis de junio de dos mil.

En el recurso de Casación por **infracción de Ley** que ante Nos pende, interpuesto por Manuel M. B., contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva (Secc. 1ª), por delito de **falsedad y estafa**, los integrantes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo prevenido por la Ley, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente representado por la Procuradora señora T. C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Huelva, instruyó Procedimiento Abreviado 57/1998 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva (Secc. 1ª), que con fecha 8 de julio de 1998, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**Unico.**—Resulta probado y así se declara que durante los meses de septiembre a noviembre de 1996, el acusado don Manuel M. B. procedió en reiteradas ocasiones, a retirar de la cuenta corriente que su hermano Simón M. B. tenía abierta en la Caja Rural de Huelva núm. ... diferentes cantidades de dinero mostrando el DNI de su hermano Simón y simulando la firma de éste, logrando mediante este método, retirar un total de 231.000 ptas. habiendo quedado acreditado que el acusado Manuel M. B., en aquel

momento, era consumidor de drogas, sin que conste acreditado que por referida entidad Caja Rural de Huelva, se hubiese abonado al titular de la cuenta la cantidad señalada».

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó la siguiente **parte dispositiva**:

«**Fallamos: condenar** al acusado don Manuel M. B. como autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido por particular previsto y penado en los arts. 392 y 390.3 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) y de un delito continuado de estafa previsto y penado en los arts. 248 y 249 en concurso medial, a la pena de **dos años y tres meses** de prisión, a las accesorias a **suspensión de empleo o cargo público**, a que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, abone a Simón M. B. la cantidad de 231.000 ptas. y al pago de las **costas** procesales.

Declaramos la insolvencia de dicho acusado, aprobando a tal efecto, por sus propios fundamentos el auto dictado por el Instructor. Se acuerda sea puesto inmediatamente en libertad, si no estuviera privado de ella por otra causa o motivo legal».

TERCERO Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso recurso de Casación por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO La representación de Manuel M. B. basó su recurso de Casación en los siguientes motivos:

I.-Por infracción de ley, al amparo del número 1º del art. 849 de la LECrim, al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho, calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito continuado de estafa, ante la ausencia de dos elementos esenciales para que se dé el tipo penal, con violación de los arts. 248 y 249 del Código Penal por aplicación indebida.

II.-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, al no haber tomado en consideración la relación fraternal existente entre el condenado y el perjudicado, con violación del art. 268 del Código Penal por su inaplicación.

III.-Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, al haberse cometido error de derecho calificando los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil, sin tomar en consideración la idoneidad del método y naturaleza de la alteración documental, con violación de los arts. 392 y 390.1.3º del Código Penal por aplicación indebida».

QUINTO Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, apoya los dos primeros motivos e impugna el tercero, la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida el día 3 de abril del presente año. En este recurso se han observado los trámites legales previstos por la ley, excepto en el término para dictar sentencia, debido a la gran complejidad y volumen de asuntos anteriores al presente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito continuado de

falsedad en documento mercantil cometido por particular y de un delito continuado de estafa, en concurso medial, a la pena de dos años y tres meses de prisión e indemnización a su hermano como perjudicado en la cantidad de 231.000 pesetas.

El primer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los arts. 248 y 249 del Código Penal/1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) por estimar que no concurren dos de los elementos esenciales de la estafa: la suficiencia del engaño y la realización de un acto de disposición.

SEGUNDO La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999, entre otras) considera como engaño «bastante» a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

En el caso actual el acusado acudió en sucesivas ocasiones a una Caja Rural donde haciéndose pasar por su hermano y, simulando la firma de éste, consiguió que le fuesen entregadas pequeñas cantidades de dinero que alcanzaron en total 231.000 ptas. identificándose en cada caso con el Documento Nacional de Identidad de su hermano, que portaba sin su autorización.

TERCERO Estima la parte recurrente que el engaño no es idóneo, pues considera que se trata de un ardid excesivamente burdo para engañar a una persona de mediana perspicacia y menos al empleado de una entidad bancaria con especial cualificación que debió apercibirse de la disparidad en la firma y en la fotografía del DNI. Cita la parte recurrente, en apoyo de su pretensión, la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1998 (RJ 1998\8563), en la que se considera insuficiente el engaño en un supuesto similar en el que la acusada había retirado los fondos de la libreta de ahorros de su suegra.

CUARTO El criterio de la parte recurrente no puede ser compartido. Como se ha señalado constituye engaño bastante aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consecución del fin propuesto y que tiene la entidad necesaria para que en la convivencia social actúe como un estímulo eficaz del traspaso patrimonial. En el supuesto actual ha de considerarse que en la convivencia social la posesión y exhibición del documento nacional de identidad constituye el medio idóneo y socialmente reconocido para identificar a su portador como la persona titular del documento, sin que en el tráfico ordinario resulte exigible una exhaustiva o minuciosa comprobación fisonómica, pues es sabido que la apariencia física no es inmune al transcurso del tiempo y la fotografía del documento no siempre es reflejo fiel de la apariencia del titular en el momento de exhibición del mismo.

En consecuencia la actuación del acusado presentándose como un cliente en la entidad bancaria y afirmando ser el titular de una determinada cuenta para obtener sucesivos reintegros de fondos, de escasa entidad en cada ocasión para generar mayor confianza, adquiere la relevancia engañosa propia del delito de estafa en cuanto se identifica mostrando el documento nacional de identidad del titular de la cuenta,

portado indebidamente, pues tal exhibición constituye en el uso social fundamento ordinariamente suficiente para atribuir a su portador la identidad en él reflejada, salvo notorias discrepancias de edad, sexo o fisonomía con los datos obrantes en el documento.

La suficiencia del engaño no queda desvirtuada por el hecho de ejercitarse sobre los empleados de una entidad bancaria, pues si bien es cierto que el tráfico bancario exige una usual comprobación de la identidad de los depositantes, también lo es que la relación con los clientes se fundamenta asimismo en el principio genérico de confianza en el comportamiento básicamente honesto de los mismos, que no aconseja extremar las muestras en desconfianza ni realizar minuciosas comprobaciones fisonómicas, por lo que lo usual en la práctica consiste en una comprobación superficial del documento de identidad exhibido, que un hermano puede fácilmente superar.

El supuesto enjuiciado no coincide con el analizado en la sentencia de 29 de octubre de 1998, utilizado por la parte recurrente como fundamento, pues en este último la acusada no se identificó con documento de identidad alguno.

En cualquier caso la doctrina de la compensación del dolo del acusado que engaña con la supuesta negligencia de la víctima efectivamente engañada, debe aplicarse con moderación, pues la punibilidad de la estafa radica en su contenido o trasfondo ilícito al pretender la obtención de un fraudulento beneficio aprovechándose engañosamente de la confianza ajena, por lo que la tutela penal debe amparar a la generalidad de los ciudadanos y no exclusivamente a los especialmente desconfiados: cuando la ilicitud del desplazamiento patrimonial es manifiesta y el engaño ha sido efectivamente suficiente en el específico supuesto contemplado, la exclusión de la tutela penal debe limitarse a supuestos especialmente burdos, cuya inveracidad es fácilmente comprobable.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

QUINTO El segundo motivo de recurso, también por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción por falta de aplicación de lo dispuesto en el art. 268 del Código Penal de 1995, que exime de responsabilidad penal a los hermanos por los delitos patrimoniales que se causasen entre sí.

Considera la parte recurrente que la sentencia impugnada le condena como autor de un delito continuado de estafa en la que considera como perjudicado al hermano del propio acusado, por lo que el reconocimiento de la relación familiar y del carácter patrimonial del delito debió determinar la aplicación de la excusa absolutoria **respecto del delito de estafa**.

El examen de este motivo requiere señalar, como consideración previa, que usualmente el perjudicado en estos supuestos de retirada fraudulenta de fondos en una entidad bancaria no es el titular de la cuenta sino la propia Entidad. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985 de 16 de julio [RCL 1985\1776, 2483 y ApNDL 8431]) que establece que «el daño que resulte del abono de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques o hubiese procedido con culpa», norma análogicamente aplicable a los talones de ventanilla con falsificación de firma, y que determina la imposibilidad para el Banco de cargar en la cuenta del depositante lo indebidamente abonado en pago de

talones firmados en falso, o la obligación de anular el cargo, si éste se hubiese efectuado, inmediatamente que se constate la falsedad.

Desde esta perspectiva el motivo tendría que ser desestimado, pues nos encontraríamos ante un delito patrimonial cuyo perjudicado es un tercero.

Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal sentenciador ha considerado expresamente como perjudicado al hermano del acusado, imponiendo el abono de la indemnización correspondiente en favor de éste y no de la Entidad bancaria, al no estimar acreditado que ésta hubiese reintegrado el saldo al titular de la cuenta. En consecuencia, tal y como interesa también el propio Ministerio Fiscal, única parte acusadora, procede la estimación del motivo pues el art. 268 del Nuevo Código Penal declara exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil a los hermanos, por naturaleza o por adopción, aunque no vivan juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí siempre que no concurriera violencia o intimidación, exención aplicable en el presente caso respecto del delito de estafa, no siendo de aplicación al delito de falsedad en documento mercantil por su carácter no patrimonial (Sentencias 3 de julio de 1989 [RJ 1989\6016] y 30 de junio de 1981 [RJ 1981\2937], entre otras).

SEXTO El tercer motivo de recurso, también por infracción de ley, se refiere al delito continuado de falsedad, denunciando como infringidos los arts. 392 y 390.1.3 del Código Penal/1995, por estimar que se trataba de una falsedad grosera que debió ser considerada inocua y por tanto atípica.

El cauce procesal elegido impone el respeto del hecho probado y en el mismo se expresa que el acusado «simuló» la firma del titular de la cuenta, logrando superar el control de la entidad bancaria en todas las ocasiones y retirar de una cuenta ajena un total de 231.000 ptas. Conforme a este relato no nos encontramos ante una falsedad atípica por grosera e incapaz de provocar confusión con la realidad, sino ante una simulación de firma que supone la intervención en el acto de una persona ajena que no la ha tenido, concretamente el titular de la cuenta cuya firma se simulaba e identidad se suplantaba; simulación, que resultó idónea para engañar, en cada una de las ocasiones en que se realizó, al empleado correspondiente de la entidad bancaria, por lo que el motivo debe ser desestimado, manteniendo la condena por delito continuado de falsedad en documento mercantil.

La naturaleza mercantil de los talones bancarios, incluidos los llamados «de ventanilla» o boletines de reintegro bancario (documentos que sirven para extraer de un depósito bancario una determinada cantidad de dinero) es clara, dada la función y finalidad de los citados documentos, y ha sido reconocida por la Jurisprudencia de esta Sala (Sentencia 17 de marzo de 1987 [RJ 1987\2181], entre otras).

Procede, por todo ello, la estimación parcial del recurso, excluyendo la condena impuesta por delito continuado de estafa.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que debemos **estimar y estimamos parcialmente** el recurso de Casación por **infracción de Ley** interpuesto por Manuel M. B., contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, casando y anulando en consecuencia dicha sentencia y declarando de oficio las costas del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución y la que seguidamente se dicte al recurrente, Ministerio Fiscal y Audiencia Provincial arriba indicada, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

ASUNTO:

El propietario de un pub fue sancionado con 50.001 pesetas por el Ayuntamiento de Gijón por contaminación acústica. La base jurídica e esa sanción es una norma reglamentaria de dicho Ayuntamiento, la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica de 10 de julio de 1992.

El recurrente alega vulneración del principio de legalidad sancionatoria del art. 25.1 CE.

El TC razona según los siguientes pasos.

-1. La exposición a uno niveles de ruido que sean “evitables e insoportables” puede constituir vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y/o del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), en relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad (f.j. 2).

-2. Explica el TC cuál es la doctrina del mismo sobre la reserva de Ley en materia de sanciones administrativas y cómo su alcance queda fijado a que el reglamento sancionatorio tenga indicados por ley previa tanto “los criterios mínimos de antijuridicidad” conforme a los que la Administración –en este caso el Ayuntamiento– “puede establecer tipos de infracciones”, y, en lo que se refiere a las sanciones, a que “la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales” (f.j. 3).

-3. Lo que el recurrente cuestiona es la legalidad de la sanción, por carecer la citada Ordenanza Municipal de apoyatura en una ley previa. El TC dice que tal apoyo legal se encuentra en la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico, de 1972. Ésta, en su art. 1.2, define qué se entiende por contaminación atmosférica a los efectos de las correspondientes sanciones que por tal motivo establece y que en su desarrollo se fijen. Y define así: “Se entiende por contaminación atmosférica, a los efectos de esta Ley, la **presencia en el aire de materias o formas de energía** que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza”.

-4. El art. 12 de la misma ley gradúa las sanciones según que provengan de tres fuentes: vehículos de motor, generadores de calor y “demás focos emisores de contaminantes a la atmósfera o de suministro de combustibles y de carburantes”.

-5. El TC afirma que el supuesto de contaminación acústica que en la Ordenanza se castiga y que en el caso se plantea encaja bajo aquellos términos de la Ley de 1972. Concretamente, el ruido encajaría bajo la expresión de “formas de energía”. Dice: “El ruido, en cuanto provoca determinadas ondas que se expanden en el aire, puede incluirse en esta expresión, <<formas de energía>>, y tal posición es la asumida por la Ordenanza municipal” (f.j.4).

-6. Así pues, no hay vulneración del principio de reserva legal y no puede considerarse vulnerado el derecho que consagra el art. 25.1.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS.

El argumento 1, el más efectista, es totalmente irrelevante para el caso. Como dice el voto particular al que luego se aludirá, los derechos a que se refiere y que dice que pueden ser vulnerados por un nivel excesivo de ruido ni siquiera fueron invocados por nadie en el proceso, como es lógico, ya que los posibles particulares perjudicados por dicho ruido no eran partes en el proceso, que desde el inicio fue entre el dueño de pub y el Ayuntamiento de Gijón.

El argumento 2 es puramente aclaratorio, con base en los precedentes del propio TC. Pero se extiende en consideraciones que tampoco son relevantes para el caso, en pormenores de posibles situaciones legales que no son las que aquí se dan. Este argumento contiene información relevante (las dos condiciones que debe reunir el amparo legal del reglamento sancionatorio) y otra no relevante para el caso.

El argumento 3 y el argumento 4 sirven para ubicar el problema jurídico del caso en sus términos relevantes.

El argumento decisivo es el 5. Ahí se contiene la interpretación que determina por completo el fallo. Reduzcamos ese argumento interpretativo a su esquema más simple:

1. Los ayuntamientos pueden castigar la contaminación (c): Pc

2. Por contaminación se entiende únicamente, en lo que aquí se importa (que el ruido produce daño ya ha sido sentado y no se discute ahora), “presencia en el aire de materias (m) o formas de energía (e)” (m v e) \leftrightarrow c

3. El ruido (r) no es materia²⁵⁸: $r \rightarrow \neg m$

4. El ruido sí es una forma de energía: $r \rightarrow e$

5. Por tanto, demostrado el ruido, si es contaminación: $(r \rightarrow e) \rightarrow c$

La conclusión es que el ruido sí puede castigarse: Pr

Éste es el esquema del razonamiento interpretativo del TC. El paso crucial, el que debe o ser evidente o estar avalado por razones suficientes es el paso 4º. La afirmación contenida en él consiste en un enunciado fáctico (que el ruido es una forma de energía). El TC no da ni una sola razón que avale dicha afirmación, lo cual supone un grave déficit argumentativo, salvo que el contenido de lo afirmado se tenga por perfectamente evidente y conocido por cualquiera.

Esta Sentencia tiene un voto particular firmado por tres Magistrados. Discuten el fallo anterior con los siguientes argumentos:

i) Las consideraciones sobre la incidencia del ruido excesivo en los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad e inviolabilidad del domicilio no vienen al caso y ni siquiera han sido alegados por las partes.

ii) “El ruido no puede ser calificado como <<materias o formas de energía>> por más que sus ondas se expandan en el aire”.

iii) Es evidente que el art. 12 de la Ley del 72, antes mencionado, “es evidente que (...) se refiere exclusivamente a la fijación de las características, calidades y condiciones de empleo de los combustibles y de los carburantes”.

iv) La Exposición de Motivos de la Ley del 72, no mencionada por la Sentencia, citaba el ruido entre los supuestos posibles de contaminación que deberían recibir tratamiento legal en normas legales futuras, dando a entender que no quedaba abarcado entre los supuestos contemplados en esta ley.

v) Que eso era así lo muestra también la Exposición de Motivos de la Ley 37/2003, de 17 Nov., del Ruido, no mencionada por la Sentencia.

Conclusión: la Sentencia ha realizado “una interpretación extensiva, propia del razonamiento analógico *in malam partem* constitucionalmente vedado a la exégesis y aplicación de las normas sancionadoras”

²⁵⁸ Dice el TC que el ruido no es materia, no se compone de “partículas”.

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 16/2004 (Sala Primera), de 23 febrero

Jurisdicción: Constitucional

Recurso de Amparo núm. 1784/1999.

Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FISICA Y MORAL: **Alcance:** ruidos: exposición continuada a niveles intensos de ruido que pongan en grave peligro la salud de las personas: puede implicar una vulneración del derecho fundamental: influencia de la doctrina del TEDH.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL Y A LA PROPIA IMAGEN: **Ambito:** relación con otros derechos fundamentales: inviolabilidad de domicilio: exposición prolongada al ruido: niveles que objetivamente pueden calificarse como evitables e insoportables: han de merecer la protección dispensada al derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, siempre que dificulten el libre desarrollo de la personalidad, y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: **Reserva de ley:** **Alcance:** reserva de naturaleza relativa: no puede ser tan estricta en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto: doctrina constitucional: no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley; **Requisitos mínimos:** predeterminación de infracciones y sanciones: reserva de ley: se flexibiliza considerablemente en relación a las ordenanzas municipales: corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, así como de establecer las clases de sanciones que pueden fijar las ordenanzas municipales; **Normas preconstitucionales:** no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva de ley no existía de acuerdo con el derecho anterior a la CE; **Normas postconstitucionales:** excepción a la aplicación de la reserva de ley: reglamentos postconstitucionales que se limitan a reproducir reglamentos preconstitucionales sin innovar el sistema de infracciones y sanciones: no obstante, tal posibilidad, no implica que la Administración ostente potestades sancionadoras no amparadas por una cobertura suficiente de norma con rango legal; **Infracciones administrativas:** ruido: art. 28.3 b) de la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica del Ayuntamiento de Gijón: tiene cobertura en los artículos 1.2 y 12 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972 en la medida en que la infracción tipificada en el referido precepto reglamentario es una concreción de la genérica contenida en la ley, concreción que no ha producido innovación normativa alguna: vulneración inexistente del principio de legalidad sancionadora por la sanción impuesta; Voto particular.

*Recurso de amparo contra Resolución, de 29-10-1998, del alcalde del Ayuntamiento de Gijón, por la que se impone al recurrente en amparo una sanción por contaminación acústica, y contra la Sentencia, de 18-03-1999, del Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicha Resolución. Vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora: inexistencia: **denegación de amparo.***

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1784/99, promovido por don Francisco Manuel, representado por el Procurador de los Tribunales don Francisco de las Alas Pumariño y asistido por el Abogado don Fernando de Silva Cienfuegos-Jovellanos, contra la Sentencia de 18 de marzo de 1999, del Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias, por la que se desestima el recurso Contencioso-Administrativo núm. 36/1999, interpuesto por la representación procesal del ahora recurrente en amparo contra la Resolución de 29 de octubre de 1998, del Ilmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Gijón, mediante la que se imponía al ahora quejoso una sanción de multa de 50.001 pesetas por contaminación acústica. Ha sido parte el Excmo. Ayuntamiento de Gijón, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Juliá Corujo y asistido por el Letrado don Félix Fontecha Olave. Ha intervenido, asimismo, el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente del Tribunal, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1 Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 28 de abril de 1999, el Procurador de los Tribunales don Francisco de las Alas Pumariño, en nombre y representación de don Francisco Manuel, interpuso demanda de amparo constitucional contra la resolución judicial referida en el encabezamiento.

2 Los hechos en los que se fundamenta la demanda son los siguientes:

a) El Alcalde del Ayuntamiento de Gijón dictó Resolución el 29 de octubre de 1998 sancionando con multa de 50.001 pesetas al ahora recurrente en amparo, en tanto que titular del establecimiento «Pub Belfast», por infracción de la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica de 10 de julio de 1992. Este acto administrativo sancionador indica, en la parte relativa a los hechos, que el referido local «ha transmitido niveles sonoros superiores a los legalmente permitidos, y concretamente el 8 de noviembre de 1997, a las 3.40 horas, 50 decibelios, infringiendo así el artículo 9, en relación con los artículos 28 y 30, de la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica».

b) La representación procesal de don Francisco Manuel interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra esta Resolución, que fue desestimado por la Sentencia de 18 de marzo de 1999, del Juzgado

Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias. En esta resolución judicial se afirma, en lo que aquí interesa, que «el problema de los excesos de ruido y demás efectos derivados de las denominadas comúnmente movidas nocturnas son cada vez objeto de mayor atención por parte de la opinión pública, tanto desde la perspectiva de su necesidad como elemento de ocio irrenunciable para determinados sectores de la sociedad, como por las consecuencias que eventualmente se pueden producir tanto en el medio ambiente, como en la normal y adecuada convivencia de quienes residen en las zonas afectadas por esas actividades. Es por ello por lo que la actividad administrativa de policía en este ámbito de acción administrativa debe estar dotada de los resortes y mecanismos necesarios, que sean capaces de conciliar los intereses contrapuestos en juego, manteniendo los límites jurídicos al respecto establecidos» (FD 3º). A continuación señala, tras analizar brevemente la jurisprudencia constitucional sobre el principio de reserva de Ley en materia sancionatoria, que en el supuesto concreto enjuiciado «parece que sí existe esta cobertura legal, ya que la Ley 38/1972, de 22 de diciembre (RCL 1972\2400) , de Protección del Medio Ambiente Atmosférico, establece la existencia de infracciones por contravenir previsiones de la misma, así como la competencia de los Alcaldes para imponer sanciones. De esta forma podemos asegurar que el artículo 12 de la Ley, en relación con el 1.2 y demás preceptos concordantes establecen una serie de previsiones en orden a impedir la presencia en el medio ambiente atmosférico de partículas o formas contaminantes, cual acontece con el ruido. Sin duda esta norma preconstitucional ha de interpretarse a la luz del régimen competencial que se diseña en nuestro ordenamiento vigente, y que por supuesto este carácter preconstitucional haga inhábil para tipificar con rango suficiente tipos infractores. Así se contiene esta doctrina en diversas sentencias del Tribunal Supremo, valga por todas ellas la del 15 de junio de 1992 (RJ 1992\5378) , donde específicamente en relación con una ordenanza municipal que regulaba similares cuestiones, se entendió que una norma con rango reglamentario como es el R.A.M.N.I.P. [o Reglamento de actividades molestas, esto es, el Reglamento sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (RCL 1961\1736, 1923 y RCL 1962, 418)], era hábil para dar cobertura legal a la ordenanza. Así pues por este doble motivo, R.A.M.N.I.P. y Ley de Protección del Medio Ambiente Atmosférico [Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico], debe considerarse con cobertura la ordenanza aplicada, desestimándose por tanto este motivo impugnatorio» (FD 3º).

3 El quejoso considera que la Sentencia de 18 de marzo de 1999, del Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias, vulnera el principio de legalidad en materia sancionatoria consagrado en el art. 25 CE (RCL 1978\2836) , suplicando que se declare la nulidad de la misma y se le restablezca en su derecho fundamental, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediato anterior al de dictarse la Sentencia anulada. En apoyo de sus pretensiones, considera que la doble cobertura legal buscada por el órgano judicial a «los contenidos sancionadores de la Ordenanza del Ayuntamiento de Gijón» (esto es, el Reglamento de actividades molestas [RCL 1961\1736, 1923 y RCL1962, 418] , por un lado, y la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico [RCL 1972\2400] , por otro) no se ajusta al principio constitucional de reserva de Ley en materia sancionatoria. Precisa, en este orden de ideas, que el Reglamento de actividades molestas «no puede constituir ley de referencia, o marco de legalidad, para la Ordenanza. Una cosa es que por el carácter preconstitucional de este Reglamento pueda mantener la eficacia de sus disposiciones sancionadoras, sin necesidad de una Ley que le sirva de marco, y otra bien distinta es *que el Reglamento mismo pueda erigirse en soporte legal* de otras normas reglamentarias u ordenancistas aprobadas después de vigente la CE». Esta parte procesal

sostiene, asimismo, que tampoco la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico «puede constituir la ley formal en la que queden "suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, así como la naturaleza y límites de las sanciones a imponer", como exige la antecitada doctrina del Tribunal. En primer lugar, porque su ámbito, acotado en el art. 1º de la misma, es el de la contaminación entendida como "la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen daño, riesgo o molestia grave" y resulta a todas luces excesivo extender esa definición a las ondas acústicas. Y en segundo lugar porque basta la lectura de su artículo 12.1.a), relativo a las sanciones pecuniarias, para comprender que en forma alguna determina los elementos esenciales de una conducta antijurídica asimilable a la denominada "contaminación acústica" pues con claridad se refiere a supuestos bien distintos, sin que en derecho sancionador quepa recurrir a analogías y metáforas». Concluye la demanda de amparo indicando que «situaciones nuevas, nacidas al calor de una nueva sensibilidad sobre la calidad de vida en las ciudades, exigen normas nuevas. Pero éstas, si su contenido es sancionador, requieren una cobertura del rango preciso. Esa cobertura de legalidad forma parte también de la calidad de vida, pues se integra en el repertorio de derechos de los ciudadanos frente a la acción punitiva de las Administraciones públicas».

4 Por providencia de 25 de octubre de 1999, la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo formulada por la representación procesal del ahora recurrente. En esta providencia se dispuso también que se dirigiese comunicación al Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias, a fin de que, en plazo no superior a diez días, remitiese testimonio del procedimiento abreviado núm. 36/99 y emplazase a quienes hubieran sido parte en el proceso judicial previo (con excepción del recurrente en amparo) para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5 Mediante diligencia de ordenación de 13 de diciembre de 1999, la Sala Primera de este Tribunal acordó, en primer lugar, tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias; en segundo lugar, tener por personada y parte en el presente proceso constitucional a la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Juliá Corujo, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Gijón; y, en tercer lugar, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas en este recurso y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían formular las alegaciones que estimaren pertinentes, conforme determina el art. 52 LOTC (RCL 1979\2383) .

6 El Excmo. Ayuntamiento de Gijón, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Juliá Corujo y asistido por el Letrado don Félix Fontecha Olave se opuso, mediante escrito sellado el 12 de enero de 2000, al otorgamiento del amparo solicitado. En apoyo de su pretensión, y tras recordar la doctrina de este Tribunal sobre el principio de legalidad en materia sancionatoria, sostiene que tanto la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico (RCL 1972\2400) como el Reglamento de actividades molestas (RCL 1961\1736, 1923 y RCL 1962, 418) ofrecen suficiente cobertura legal a la Ordenanza Municipal de Gijón sobre Contaminación Acústica, y por extensión al acto administrativo sancionador del que en última instancia trae causa el presente proceso constitucional. En relación con la norma legal indicada afirma, en primer término, esta parte procesal que su objeto «no es otro que prevenir, vigilar y corregir las situaciones de contaminación atmosférica, cualesquiera que sean las causas que las

produzcan, por lo que no parece de recibo que, frente a la amplitud con la que se manifiesta [el art. 1.1 de la referida Ley], de adverso se pretenda excluir de su ámbito de aplicación la contaminación acústica producida por los elevados niveles sonoros que una concreta actividad origina. En todo caso, siendo la presión sonora una forma de energía presente en la atmósfera, el decibelio (dB), unidad de potencia acústica, no es otra cosa que la energía total por unidad de tiempo que produce un foco de ruido, es obvio que la misma está contemplada por el artículo 1.2 de la Ley, al señalar que se entiende por contaminación atmosférica, a los efectos de la presente Ley, la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza, tal y como, por otra parte, permite interpretar la expresa referencia a la lucha contra el ruido contenida en su Exposición de Motivos. En cuanto a la intervención municipal, fijando por Ordenanza los niveles sonoros máximos a transmitir por una concreta actividad, ha de enmarcarse en las previsiones que al efecto se contienen en los artículos 1.3 y 2 de la referida Ley 38/72, tal y como se manifiesta en la sentencia de instancia recurrida en amparo». El Reglamento de actividades molestas ofrecería también, en segundo término, cobertura suficiente para las previsiones sancionatorias de la Ordenanza municipal: esta norma reglamentaria «atribuye a los Ayuntamientos la competencia para dictar, mediante disposiciones de carácter general, esto es mediante la aprobación de Ordenanzas por el Pleno municipal, la reglamentación del emplazamiento de las actividades reguladas por el Reglamento de actividades molestas, así como el resto de los requisitos exigidos, artículo 6.2, atribuyendo a los Alcaldes la competencia de concesión de licencias, vigilancia y el ejercicio de la facultad sancionadora, artículo 6.1. Y es lo cierto que no podrá tacharse el Reglamento de Actividades Molestas como normativa reglamentaria independiente o no subordinada a la Ley, puesto que no en vano la anteriormente citada Ley 38/72 lo contempla, en su Disposición final cuarta, para ratificar la vigencia de los preceptos en el mismo contenidos, incluido, desde luego, el mandato a las Entidades Locales para asumir las competencias, que del mismo se deriven, en orden tanto a la vigilancia y facultad sancionadora de sus Alcaldes-Presidentes, como a la facultad normativa de sus Plenos».

7 Mediante escrito registrado en este Tribunal el 13 de enero de 2000, el quejoso reiteró su solicitud de amparo, presentando alegaciones sustancialmente coincidentes con las ya formuladas en su inicial demanda ante este Tribunal.

8 El Ministerio Fiscal interesó, a través de escrito presentado el 2 de febrero de 2000 en el Registro General de este Tribunal, la desestimación del amparo solicitado. Comienza sus alegaciones el Fiscal precisando que, aunque la demanda de amparo se centra exclusivamente en la impugnación de la Sentencia Contencioso-Administrativa, «si existe infracción del principio de legalidad sancionadora, aquella es atribuible directamente al acto administrativo que impuso la sanción». Así identificada la resolución realmente recurrida, el Ministerio Público analiza a continuación la problemática de fondo suscitada en el presente proceso constitucional. Recuerda que la norma utilizada por la Administración local para sancionar es «el artículo 28.3.b) de la Ordenanza contra el ruido del Ayuntamiento de Gijón, de 10 de julio de 1992, que considera como infracción muy grave la emisión de niveles -de ruido- que superen en 10 o más dB los límites permitidos, debiendo tenerse en cuenta que el nivel máximo permitido en horas nocturnas es de 28 dB, según el artículo 1 del Decreto del Principado de Asturias 99/85, de 17 de octubre (LPAS 1985\2887) , publicado en el Boletín Oficial de dicho Principado de 28 de octubre de 1985, y reproducido en el artículo 9.1 de dicha Ordenanza». Analiza la cobertura legal de la referida normativa sancionadora municipal, concluyendo que el Reglamento de actividades molestas no es una

disposición general que satisfaga el principio de reserva de Ley en la materia, porque este Reglamento, «no contiene catálogo alguno de infracciones y sanciones» y porque, en definitiva, la infracción tipificada en la Ordenanza no coincide en absoluto con la prevista en aquel Reglamento. El Fiscal considera, por el contrario, que la infracción prevista en la Ordenanza municipal tiene cobertura legal en la medida en que se acepten los siguientes extremos: 1) Con independencia de cuál pudiese ser la voluntad del legislador al aprobar la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972, el ruido puede incluirse en la expresión, utilizada por su art. 1.2, de «forma de energía», que se emite a la atmósfera e implica «riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza». 2) «el ruido procede "de los demás focos emisores de contaminantes a la atmósfera" [art. 12.1 a) de la Ley], lo que permitiría dar cobertura a la cuantía de la sanción. 3) «la infracción tipificada es una concreción de la genérica realizada en la Ley ...; el carácter genérico de las previsiones de la Ley, tanto en lo que se refiere al concepto de contaminación, como a las infracciones (art. 12), permite afirmar que nos encontramos en este supuesto». 4) «si el hecho típico encaja en el art. 12.1 a) de la Ley y el importe de la sanción queda encuadrado dentro de los límites legales, ninguna innovación ulterior a la Constitución se ha producido, y, en consecuencia, la sanción impuesta no ha vulnerado el principio de legalidad sancionadora establecido en el art. 25.1 CE (RCL 1978\2836) ».

9 Por providencia de 25 de noviembre de 2003 se acordó señalar el siguiente día 1 de diciembre del mismo año para la deliberación y votación de la presente Sentencia, en que comenzó, terminando este trámite en el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1 El ahora quejoso en amparo fue sancionado por Resolución de 29 de octubre de 1998, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, con una multa de 50.001 pesetas porque un local de su propiedad (el «Pub Belfast») sobrepasó los niveles sonoros permitidos por la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica de 10 de julio de 1992. La infracción cometida estaba tipificada como muy grave por el art. 28 de la citada norma municipal, previendo el art. 30 de la misma la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta.

La validez de la resolución sancionatoria fue confirmada por la Sentencia de 18 de marzo de 1999, del Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias. En esta resolución judicial se indica que la sanción impugnada tiene cobertura tanto en el Reglamento sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (Reglamento de actividades molestas), aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (RCL 1961\1736, 1923 y RCL 1962, 418) , como en los arts. 1.2 y 12 de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre (RCL 1972\2400) , de Protección del Ambiente Atmosférico.

2 El escrito de interposición del recurso identifica como resolución recurrida la Sentencia judicial; cita al efecto los arts. 41 y 44.2 LOTC (RCL 1979\2383) , y, en el «suplico» solicita la anulación de la Sentencia y la retroacción del proceso judicial para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Ahora bien, si existe infracción del principio de legalidad sancionadora, la misma es atribuible directamente al acto administrativo que impuso la sanción, no a la Sentencia que, a estos efectos, al no restaurar el derecho fundamental alegado, supone exclusivamente el agotamiento de la vía judicial procedente, ya que contra dicha Sentencia -al haber optado el recurrente por la vía ordinaria del llamado procedimiento abreviado, y no por el procedimiento especial de protección de

los derechos fundamentales- no cabía recurso de apelación, según se desprende del art. 81.1 a) de la vigente Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998\1741) . Así identificada la resolución realmente recurrida, resulta evidente que el alcance del amparo, caso de dictarse Sentencia estimatoria, no puede quedar restringido a lo solicitado por el recurrente, sino que deberá anular, con carácter definitivo, tanto el acto administrativo como la Sentencia; lo que no constituye incongruencia *extra petitem* sino que es consecuencia de lo previsto en el art. 55.1 a) LOTC. Así pues, de modo similar a lo que se decidió en las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999\240) , F. 1 y 50/2003, de 17 de marzo (RTC 2003\50) , F. 1, *in fine*, entre otras, ha de entenderse que el recurso se interpone frente a la resolución administrativa que impuso la sanción.

3 Partiendo de la doctrina expuesta en la STC 119/2001, de 24 de mayo (RTC 2001\119) , debemos señalar que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. Habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero [RTC 1994\12] , F. 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias tradicionales, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre (RCL 2003\2683) , del Ruido. En la Exposición de Motivos se reconoce que «el ruido en su vertiente ambiental... no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente. Tratamos del ruido en un sentido amplio, y éste es el alcance de la Ley». Luego se explica que «en la legislación española, el mandato constitucional de proteger la salud (artículo 43 de la Constitución [RCL 1978\2836]) y el medio ambiente (artículo 45 de la Constitución) engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica. Además, la protección constitucional frente a esta forma de contaminación también encuentra apoyo en algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre otros, el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1».

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hizo cargo de la apremiante exigencia, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990\4) , caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*; de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994\3) , caso *López Ostra contra Reino de España*; de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998\2) , caso *Guerra y otros contra Italia* y de 8 de julio de 2003 (TEDH 2003\40) , caso *Hatton y otros contra Reino Unido*.

El ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas).

Consecuentemente, conviene considerar, siempre en el marco de las funciones que a este Tribunal le

corresponde desempeñar, la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.

Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales (por todas, STC 35/1995, de 6 de febrero [RTC 1995\35], F. 3). En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las citadas SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra contra Reino de España*, y de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros contra Italia*, algo matizada en la de 8 de julio de 2003, caso *Hatton y otros contra Reino Unido*. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma (RCL 1999\1190, 1572) (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60).

Dicha doctrina, de la que este Tribunal se hizo eco en la STC 199/1996, de 3 de diciembre (RTC 1996\199), F. 2, y en la STC 119/2001, de 8 de junio (RTC 2001\119), FF. 5 y 6, debe servir, conforme proclama el ya mencionado art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales (STC 303/1993, de 25 de octubre [RTC 1993\303], F. 8). En el bien entendido que ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la antes apuntada necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales.

4 Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos comenzar nuestro análisis recordando la posible afección al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE.

Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales insistimos en que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre

desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero [RTC 1984\22] , F. 5; 137/1985, de 17 de octubre [RTC 1985\137] . F. 2, y 94/1999, de 31 de mayo [RTC 1999\94] , F. 5).

Teniendo esto presente, debemos advertir que, como ya se dijo en la STC 119/2001, de 24 de mayo (RTC 2001\119) , F. 6, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

5 Precisados los derechos fundamentales implicados, hemos de considerar ahora si la resolución sancionatoria municipal se ajusta o no a las exigencias derivadas del principio de legalidad en materia sancionatoria. Y en este sentido, mientras el quejoso considera que en el caso enjuiciado se ha vulnerado el art. 25.1 CE (RCL 1978\2836) , por carecer la sanción de la suficiente cobertura legal, tanto el Ayuntamiento de Gijón como el Ministerio Fiscal solicitan la desestimación del amparo, indicando que dicho acto sancionador respeta el principio de reserva de Ley, tal y como, por lo demás, se ha puesto de manifiesto por la Sentencia Contencioso-Administrativa.

Debe comenzarse recordando la doctrina que, con carácter general, ha fijado este Tribunal en materia de legalidad sancionadora y, puesto que se alude en la Sentencia recurrida a normas preconstitucionales, la influencia que la entrada en vigor de la Constitución tuvo en ella.

El principio de reserva de Ley constituye una garantía de «carácter formal», que «se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término "legislación vigente" contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987\42] , F. 2). Esta reserva de Ley es, según hemos precisado en múltiples ocasiones, de naturaleza relativa. En este sentido, hemos afirmado que «si bien el alcance de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero [RTC 1987\2]), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio [RTC 1985\87]) o materiales, en todo caso aquel precepto constitucional determina "la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal" (STC 77/1983, de 3 de octubre [RTC 1983\77]), habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan, ... puede afirmarse que la reserva de la Ley contenida en el art. 25.1 de la Constitución despliega una eficacia semejante a las que establecen otras normas constitucionales. Es decir que, como ha señalado este Tribunal con relación a alguna de ellas, la reserva de Ley no excluye "la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible

una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (STC 83/1984, de 24 de julio [RTC 1984\83]), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes» (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987\42] , F. 2. En este mismo sentido, STC 52/2003, de 17 de marzo [RTC 2003\52] ; y todas las resoluciones allí citadas).

El núcleo central de la materia sancionadora reservado constitucionalmente al legislador es, como regla general, el relativo a la predeterminación de las infracciones, de las sanciones y de la correspondencia entre ambas: «En definitiva, el art. 25.1 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de Ley. Desde otro punto de vista, y en tanto aquella regulación legal no se produzca, no es lícito, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra de rango legal» (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987\42] , F. 3. En este mismo sentido nos hemos pronunciado también en la STC 305/1993, de 25 de octubre [RTC 1993\305] , F. 5, o en la STC 132/2001, de 8 de junio [RTC 2001\132] , F. 5). Esta esfera material básica necesariamente reservada al poder legislativo en el ámbito sancionador se flexibiliza considerablemente, sin embargo, cuando nos encontramos en presencia de normas reglamentarias aprobadas por el Pleno de las corporaciones locales dentro de su campo competencial. Ahora bien, esta flexibilización no permite la existencia de reglamentos municipales independientes en materia sancionadora, pues, como afirmamos en la referida STC 132/2001, «la mera atribución por Ley de competencias a los Municipios -conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL (RCL 1985\799, 1372) - no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la Ley, pero no permite la inhibición del legislador. Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la Ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos -ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal- sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la Ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la Ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica» (F. 6).

6 La aplicación del principio de reserva de Ley encuentra, en todo caso, una importante excepción: los reglamentos preconstitucionales tipificadores de infracciones y sanciones. En relación con ellos hemos afirmado que «"no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para anular disposiciones

reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior" a la Constitución (STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11] , F. 5º), y más específicamente por lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, que "el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de Ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada" (STC 15/1981, de 7 de mayo [RTC 1981\15] , F. 7º)» (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987\42] , F. 3).

Este Tribunal ha admitido una segunda excepción a la aplicación del principio de reserva de Ley en materia sancionatoria: la relativa a los reglamentos postconstitucionales que se limitasen a reproducir reglamentos preconstitucionales, «sin innovar el sistema de infracciones y sanciones» establecido antes de la Constitución (RCL 1978\2836) . No es lícito, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra de rango legal; pero este Tribunal ha considerado como supuesto diferente y en consecuencia, acorde con la Constitución (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987\42] , F. 4), «el supuesto en que la norma reglamentaria posconstitucional se limita, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material. No cabe entonces hablar propiamente de remisión normativa en favor de aquella disposición, puesto que la remisión implica la potestad conferida por la norma de reenvío de innovar, en alguna medida, el ordenamiento por parte de quien la utiliza. En realidad, se trata más bien de una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas». Ahora bien, ya hemos advertido en las SSTC 305/1993, de 25 de octubre (RTC 1993\305) , F. 6, 45/1994, de 15 de febrero (RTC 1994\45) , F. 5, 117/1995, de 17 de julio (RTC 1995\117) , F. 3, y más recientemente en la STC 52/2003, de 17 de marzo (RTC 2003\52) , F. 10, que «la lógica coherencia y continuidad normativa con la regulación preconstitucional no puede suponer -sobre la base de que se reiteran disposiciones reglamentarias preconstitucionales sancionadoras ya existentes- que la Administración ostente potestades sancionadoras no amparadas por una cobertura suficiente de normas con rango legal; pues ello representaría convertir en buena medida en inoperante el principio de legalidad de la actividad sancionadora de la Administración con sólo reproducir, a través del tiempo, las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, manteniéndose así *in aeternum*, después de la Constitución, sanciones sin cobertura legal».

7 En el presente caso la norma aplicada es el artículo 28.3 b) de la Ordenanza Municipal sobre protección contra la contaminación acústica del Ayuntamiento de Gijón, de 10 de julio de 1992, que considera como infracción muy grave la emisión de niveles de ruido que superen en 10 o más decibelios) los límites permitidos, debiendo tenerse en cuenta que el nivel máximo permitido en horas nocturnas es de 28 decibelios, según el artículo 1 del Decreto del Principado de Asturias 99/85, de 17 de octubre (LPAS 1985\2887) , publicado en el Boletín Oficial de dicho Principado de 28 de octubre de 1985, y reproducido en el artículo 9.1 de dicha Ordenanza.

La Sentencia recurrida considera que la infracción prevista en la Ordenanza municipal y que sirvió para sancionar al recurrente tiene cobertura legal en el artículo 12 de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre (RCL 1972\2400) , de Protección del Ambiente Atmosférico, aludiendo asimismo al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, que es una norma preconstitucional, ya que fue

aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre (RCL 1961\1736, 1923 y RCL1962, 418) .

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al asunto ahora enjuiciado pone de manifiesto que el últimamente citado Reglamento, el Reglamento de actividades molestas, no puede servir de cobertura legal a la resolución sancionatoria analizada. Y es que, en efecto, el Reglamento de actividades molestas, aunque incluye entre las actividades molestas «las que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan», no contiene catálogo alguno de infracciones y sanciones, salvo por incumplimiento de requerimientos para la adopción de las medidas ordenadas para la desaparición de las causas de molestia, que no es el caso, ya que no consta que se efectuara requerimiento alguno y que éste fuera incumplido. En definitiva, la infracción tipificada en la Ordenanza Municipal no coincide en absoluto con la prevista en aquel Reglamento, por lo que no cabe hablar de una simple reproducción o concreción de un norma reglamentaria preconstitucional. Además, esta norma reglamentaria municipal postconstitucional (esto es, el referido art. 28 de la Ordenanza Municipal de 10 de julio de 1992) no podría tener como base una norma reglamentaria estatal preconstitucional como el Reglamento de actividades molestas, aunque aquélla fuese una mera reproducción de este Reglamento estatal de actividades para la protección contra el ruido en el término municipal de Gijón.

8 La cobertura legal viene dada por la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972, ya citada. Esta Ley, en su art. 1.2 contiene la siguiente definición: «Se entiende por contaminación atmosférica, a los efectos de esta Ley, la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza». La misma Ley, en su art. 12 dice: «Las infracciones a lo dispuesto en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen serán sancionadas conforme se expresa en los apartados siguientes, sin perjuicio, en su caso, de las correspondientes responsabilidades civiles y penales: a) Con multa de hasta 5.000 pesetas, tratándose de vehículos de motor; de hasta 25.000 pesetas en relación con los generadores de calor, y de hasta 500.000 pesetas cuando se trate de los demás focos emisores de contaminantes a la atmósfera o de suministro de combustibles y de carburantes que no se ajusten a lo establecido en el artículo 4º de esta Ley». En fin, dicha Ley atribuye a los alcaldes competencia para imponer sanciones «cuando la cuantía no exceda de 100.000 pesetas» [art. 13.1 a)]. En desarrollo de dicha Ley, el Decreto 833/1975, de 6 de febrero (RCL 1975\820, 1157) , regula las infracciones y sanciones en el Título VII, arts. 83 y siguientes; el mismo contiene una clasificación de las infracciones en leves y graves -no prevé las muy graves- (art. 83) y establece una sanción de hasta 50.000 pesetas para las leves y de 50.000 a 500.000 para las graves.

La Ordenanza Municipal de 1992, por su parte, comienza expresando (art. 1.1) que la misma «regula la actuación municipal para la protección del medio ambiente contra las perturbaciones por ruidos y vibraciones en el término municipal de Gijón» y a lo largo de su texto se utilizan constantemente expresiones tomadas de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico, de 1972: «concentración de actividades», «niveles de inmisión» (art. 4), «focos contaminadores» (art. 27) y que en la graduación de las sanciones se combinan los criterios de la gravedad de la infracción (distinguiendo entre infracciones leves, graves y muy graves), y el foco de emisión (distinguiendo entre «vehículos de motor» y «resto focos emisores»), art. 30; en todo caso, el importe máximo de las multas es de 100.000 pesetas, que coincide con el límite máximo de las que pueden imponer los alcaldes, conforme a la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico.

Se puede llegar a la conclusión de que la infracción prevista en la Ordenanza Municipal tiene cobertura legal, o al menos, que encaja en los supuestos permitidos en la STC 42/1987 (RTC 1987\42) , citada anteriormente, si tenemos en cuenta los siguientes extremos: en primer término, que el ruido puede ser calificado como «partículas o formas contaminantes» (Fundamento de Derecho 3 de la Sentencia recurrida), o incluso como «forma de energía», que se emite a la atmósfera e implica «riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza» (art. 1.2 de la Ley 38/72), teniendo en cuenta que dicha Ley habla constantemente de «focos de emisión». Cualquiera que fuese la voluntad del Legislador de 1972 -y, según parece desprenderse de los anexos del Decreto de 1975, se trata esencialmente de sustancias de diversos tipos, en una configuración de la contaminación atmosférica que podemos calificar de «tradicional»-, el ruido puede encajar en alguna de las expresiones citadas, no tanto como «partículas» como más bien en el término «formas» en general -se habla en el lenguaje común de «contaminación acústica»- o en el de «formas de energía». El ruido en cuanto provoca determinadas ondas que se expanden en el aire, puede incluirse en esta expresión, «formas de energía», y tal posición es asumida por la Ordenanza municipal. Se trata de una concreción de un supuesto de contaminación no previsto expresamente en la Ley, pero en el que el carácter genérico de algunos de sus términos permite incluir este supuesto, sin considerar que se ha producido una mutación sustancial del concepto básico, especialmente si se tiene en cuenta que dicha Ordenanza tiene un contenido mucho más amplio que la simple previsión de infracciones y sanciones.

En segundo lugar, ha de entenderse que el ruido procede «de los demás focos emisores de contaminantes a la atmósfera» [art. 12.1 a) de la Ley], lo que permite dar cobertura a la cuantía de la sanción, habida cuenta de que dicha norma legal no contiene una graduación de las sanciones por su calificación, sino por la fuente de contaminación. En todo caso, cabe observar que la cuantía de 500.000 pesetas prevista en el art. 12.1 a) de la Ley es un límite máximo, no previéndose en ella una cantidad mínima, y que por las exigencias de la propia Ley y de la Ordenanza, el límite máximo, como se ha señalado anteriormente, es de 100.000 pesetas, por tratarse de infracciones sancionadas por el Alcalde [art. 13.1 a)].

En tercer lugar, ha de considerarse que la infracción tipificada es una concreción de la genérica contenida en la Ley. Como se deriva de los dos extremos anteriores, el carácter genérico de las previsiones de la Ley, tanto en lo que se refiere al concepto de contaminación, como a las infracciones (art. 12), permite afirmar que nos encontramos en este supuesto.

Finalmente, ha de considerarse que el Alcalde tiene competencia para imponer la sanción, lo que está expresamente previsto, como se ha señalado anteriormente, en el art. 13.1 a) de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico, y que la sanción está dentro de los límites de dicha competencia.

Así pues, si el hecho típico encaja -o es una concreción- en el art. 12.1 a) de la Ley de 1972 -que ni siquiera clasifica las infracciones, sino que se limita a fijar los límites máximos de las sanciones, según la fuente de contaminación-, y el importe de la sanción queda encuadrado dentro de los límites legales, ninguna innovación ulterior a la Constitución se ha producido, y en consecuencia, la sanción impuesta no ha vulnerado el principio de legalidad sancionadora establecido en el art. 25.1 CE.

Los preceptos indicados de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente

Atmosférico, esto es, los arts. 1.2 y 12, establecen unos criterios mínimos orientativos conforme a los cuales el Ayuntamiento de Gijón pudo establecer válidamente un cuadro de infracciones en materia de contaminación acústica, por lo que resulta posible que constituyan cobertura legal de la infracción grave tipificada en el art. 28 de la Ordenanza municipal tantas veces citada, y por cuya comisión se sanciona al ahora quejoso. Pues bien, en la medida en que el principio de reserva de Ley en materia sancionatoria exige que una norma con rango de Ley formal tipifique las infracciones (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987\42] , F. 3), o establezca al menos criterios mínimos de antijuridicidad que sirvan de orientación -además de límite- a las Ordenanzas municipales (STC 132/2001, de 8 de junio [RTC 2001\132] , F. 6), y que los artículos invocados de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico ofrecen unos criterios de antijuridicidad mínimos, es evidente que en el caso presente no se ha producido una vulneración del principio de legalidad en materia sancionatoria, en su vertiente relativa al principio de reserva de Ley.

Negada la vulneración del art. 25.1 CE por las razones expuestas, no resulta preciso, como apunta el Fiscal, aludir a la cuestión de la colaboración entre Ley y Reglamento al tratarse de una Entidad Local.

9 Los anteriores razonamientos han de conducir a la desestimación del presente recurso de amparo, puesto que la Resolución de 29 de octubre de 1998, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, al imponer una sanción de 50.001 pesetas por infracción grave tipificada en el art. 28 de la Ordenanza Municipal contra la Contaminación Acústica, no ha vulnerado el principio de legalidad en materia sancionatoria.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ila decidido

Denegar el amparo solicitado por don Francisco Manuel.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de febrero de dos mil cuatro.-Manuel Jumenez de Parga y Cabrera.-Pablo García Manzano.-María Emilia Casas Baamonde.-Javier Delgado Barrio.-Roberto García-Calvo y Montiel.-Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.-Firmado y rubricado.

Voto particular

que formulan conjuntamente los Magistrados don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde y don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1784/99

Con el mayor respeto hacia la opinión de los Magistrados que con su voto han hecho posible la Sentencia debemos manifestar nuestra discrepancia respecto de su fundamentación jurídica y de su fallo. En nuestra opinión, el recurso de amparo debió haberse estimado por vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE [RCL 1978\2836]), al carecer de cobertura legal la sanción que le fue impuesta al recurrente por la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón con base en la infracción muy grave tipificada por el art. 28.3.b) de la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica de 10 de julio de 1992. Así lo razonamos a continuación, sin pronunciarnos, puesto que la Sentencia no lo hace, sobre el aspecto de la cuestión relativo a que la Administración Municipal no indicó en su resolución sancionadora cuál era la cobertura legal ni de la infracción cometida, ni de la sanción impuesta, y su incidencia en la lesión del principio de legalidad sancionadora en su vertiente material conforme a la doctrina de nuestra STC 161/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003\161) (F. 3).

Compartimos la doctrina constitucional que la Sentencia recoge en su fundamento jurídico 3 sobre el principio de reserva de Ley en materia de legalidad sancionadora y su inaplicación a los reglamentos preconstitucionales tipificadores de infracciones y sanciones; sin olvidar que, en este caso, dicho principio se aplica a la potestad sancionadora ejercida mediante Ordenanzas municipales, con las matizaciones que ello comporta y a las que se refirió la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001\132) . Aceptamos también que es cierto que este Tribunal admitió inicialmente, y de forma transitoria, una segunda excepción a la aplicación del principio de reserva de Ley en el caso de los reglamentos postconstitucionales que se limitasen a reproducir reglamentos preconstitucionales sin innovar el sistema de infracciones y sanciones preconstitucional. Discrepamos, sin embargo, de la aplicación de esta doctrina constitucional al caso enjuiciado que la Sentencia lleva a cabo en lo que se refiere a la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972 (RCL 1972\2400) de las consideraciones precedentes que, aunque no vienen al caso (a propósito de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio no alegados por las partes, que, no obstante, la Sentencia considera «derechos fundamentales implicados»: F. 4) se contienen en su fundamento jurídico 3, y de las conclusiones a las que llega en su fundamento jurídico 9 y en el fallo.

Según nuestro criterio, ni el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre (RCL 1961\1736, 1923 y RCL 1962, 418) (Reglamento de actividades molestas), ni la Ley 37/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico, pueden servir de cobertura legal a la resolución sancionadora impugnada, como en cambio, consideró la Sentencia impugnada de 18 de marzo de 1999 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias, y confirma, en lo que hace a la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972, la Sentencia de la que nos separamos.

En efecto, el art. 1.2 de la citada Ley define el concepto de contaminación atmosférica, «a los efectos de esta Ley», como «la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza». Pues bien, el ruido no puede ser calificado como «materias o formas de energía» por más que sus ondas se expandan en el aire. El art. 12, por su parte, disponía en su redacción vigente en el momento de imponerse la sanción enjuiciada que: «Las infracciones a lo dispuesto en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollan serán sancionadas,

conforme se expresa en los apartados siguientes, sin perjuicio, en su caso, de las correspondientes responsabilidades civiles y penales: a) Con multa de hasta 5.000 pesetas, tratándose de vehículos de motor, de hasta 25.000 pesetas en relación con los generadores de calor, y de hasta 500.000 pesetas cuando se trate de los demás focos emisores de contaminantes a la atmósfera o de suministro de combustibles y de carburantes que no se ajusten a lo establecido en el artículo 4º de esta Ley». Es evidente que este último precepto se refiere exclusivamente a la fijación de las características, calidades y condiciones de empleo de los combustibles y de los carburantes. Por lo demás, la Exposición de Motivos de aquella Ley no dejaba de reconocer, ante «la dificultad primaria de los programas de defensa del medio ambiente», dada «su extremada complejidad», su limitación a la regulación de aspectos parciales. Citaba en concreto «la lucha contra el ruido» entre «tantos otros... aspectos parciales de una política general de múltiples facetas, en buena parte inexploradas, y cuya comprensión y ordenación global exige unos instrumentos legales de los que hoy no se dispone». Y en tal sentido añadía lo que sigue: «En esta línea no cabe duda de que el criterio óptimo de actuación sería preparar una Ley general para la defensa del medio ambiente, en la que se considerasen armónicamente todos los problemas apuntados. Sin embargo, la presión de las circunstancias obliga a aplazar momentáneamente la antedicha solución legislativa: la falta de experiencia en no pocos aspectos, la necesaria dosificación de los medios económicos que han de afectarse a estas atenciones, el diverso desarrollo de los estudios en unos y otros temas, el diferente grado de urgencia de los problemas planteados, han aconsejado al Gobierno adoptar una actitud pragmática e iniciar sus programas de actuación con regulaciones sectoriales, comenzando por el tema, ya grave en muchas de nuestras aglomeraciones urbanas, de la contaminación del aire; problema que ha de abordarse teniendo muy presente que la Naturaleza es una unidad y que, por lo tanto, actuar para preservar la atmósfera de elementos contaminantes puede, si no se considera el problema en su conjunto, tener consecuencias negativas inmediatas sobre otros aspectos del medio ambiente, como el agua y el suelo».

Que la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972 (RCL 1972\2400) no comprendía el ruido en su ámbito de regulación lo confirma la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre (RCL 2003\2683) , del Ruido, de la que la Sentencia predica en su fundamento jurídico 3 su sensibilidad ante la «nueva realidad», transcribiendo la parte primera de su Exposición de Motivos, que reconoce que «el ruido en su vertiente ambiental, no circunscrita a ámbitos específicos como el laboral, sino en tanto que inmisión sonora presente en el hábitat humano o en la naturaleza, no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente». Idea sobre la que insiste la propia Exposición de Motivos en el párrafo final de su Parte I, que, sin embargo, la Sentencia no reproduce: «el ruido carecía hasta esta Ley de una norma general reguladora de ámbito estatal, y su tratamiento normativo se desdoblaba, a grandes rasgos, entre las previsiones de la normativa civil en cuanto a relaciones de vecindad y causación de perjuicios, la normativa sobre limitación del ruido en el ambiente de trabajo, las disposiciones técnicas para la homologación de productos y las ordenanzas municipales que conciernen al bienestar ciudadano o al planeamiento urbanístico».

Tan evidente conclusión no se compadece con la que la Sentencia alcanza acerca «de que la infracción prevista en la Ordenanza Municipal tiene cobertura legal, o al menos, que encaja en los supuestos permitidos en la STC 42/1987 (RTC 1987\42) » a partir de la forzada consideración del ruido como «formas de energía». Con una interpretación extensiva, propia del razonamiento analógico *in malam*

partem constitucionalmente vedado a la exégesis y aplicación de las normas sancionadoras, afirma que aquella infracción constituye «una concreción de un supuesto de contaminación no previsto expresamente en la Ley, pero en el que el carácter genérico de algunos de sus términos permite incluir este supuesto, sin considerar que se ha producido una mutación sustancial del concepto básico, especialmente si se tiene en cuenta que dicha Ordenanza tiene un contenido mucho más amplio que la simple previsión de infracciones y sanciones». Conclusión que reitera: «ha de considerarse que la infracción tipificada es una concreción de la genérica contenida en la Ley», pues «el carácter genérico de las previsiones» de ésta, «tanto en lo que se refiere al concepto de contaminación, como a las infracciones (art. 12), permite afirmar que nos encontramos en este supuesto». Y una vez más: «Así pues, si el hecho típico encaja -o es una concreción- en el art. 12.1 a) de la Ley de 1972 -que ni siquiera clasifica las infracciones, sino que se limita a fijar los límites máximos de las sanciones, según la fuente de contaminación-, y el importe de la sanción queda encuadrado dentro de los límites legales, ninguna innovación ulterior a la Constitución se ha producido, y en consecuencia, la sanción impuesta no ha vulnerado el principio de legalidad sancionadora establecido en el art. 25.1 CE» (F. 8).

A nuestro juicio, los preceptos legales indicados no sólo no contienen realmente una tipificación de infracciones, sino que ni siquiera establecen unos criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales el Ayuntamiento de Gijón pudiese establecer válidamente un cuadro de infracciones en materia de contaminación acústica, por lo que resulta imposible que constituyan, sin necesidad de un análisis más pormenorizado, cobertura legal de la infracción muy grave tipificada en el art. 28.3.b de la Ordenanza municipal citada, y por cuya comisión se sancionó al recurrente. Pues bien, en la medida en que el principio de reserva de Ley en materia sancionatoria exige que una norma con rango de Ley formal tipifique las infracciones (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987\42] , F. 3), o establezca al menos criterios mínimos de antijuridicidad que sirvan de orientación -además de límite- a las Ordenanzas municipales (STC 132/2001, de 8 de junio [RTC 2001\132] , F. 6), y que los artículos invocados de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico sólo tipifican sanciones, pero no infracciones, sin ofrecer tampoco unos criterios de antijuridicidad mínimos, es evidente que en el caso presente se ha producido una vulneración del principio de legalidad en materia sancionatoria, en su vertiente relativa al principio de reserva de Ley.

Los razonamientos expuestos hubieran debido conducir a la estimación del presente recurso de amparo, puesto que la Resolución de 29 de octubre de 1998, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, al imponer una sanción de 50.001 pesetas por la infracción muy grave tipificada en el art. 28.3.b) de la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica, vulneró el principio de legalidad en materia sancionadora en su vertiente formal. Esta constatación debió dar lugar a la anulación de la referida resolución sancionadora y de la posterior Sentencia de 18 de marzo de 1999, del Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias, en la medida en que no reparó la vulneración del art. 25.1 CE originada por dicho acto administrativo sancionador.

Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil cuatro.-Pablo García Manzano.-María Emilia Casa Baamonde.-Javier Delgado Barrio.-Firmado y rubricado.

(TEXTOS DE LAS SENTENCIAS ANALIZADAS: vid. documentos adjuntos titulados “Sent Escalamiento1”, “Sent Escalamiento2”, “Sent Escalamiento3”, “Sent Escalamiento4” y “Sent Escalamiento5”).

Situación normativa El CP de 1995: art. 237. “Son reos del delito de *robo* los que, con ánimo de lucro, se apoderen de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”.

Art. 238: “Son de *robo con fuerza en las cosas* los que ejecuten el hecho cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1º Escalamiento. 2º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana. 3º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo. 4º uso de llaves falsas. 5º Inutilización de sistemas específicos de alarma.

El Código Penal anterior, por el que se rigen varias de estas sentencias, establecía:

Art. 504: “Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Escalamiento. 2ª...”

Las sentencias versan sobre escalamiento.

Hechos

Los hechos que en las sentencias analizadas se tratan como susceptibles o no de subsunción bajo la noción legal de escalamiento son:

- Acceso por una ventana.
- Acceso a través del patio de luces y pasando por la ventana.
- Acceso después de abatir o bajar en un punto una valla metálica.
- Acceso por una claraboya situada a cuatro metros de altura del suelo y que se encontraba abierta.
- Acceso forzando una ventana.

Escala de interpretaciones manejadas, de más extensiva a más restrictiva.

(1). “Introducción en un lugar cerrado por vía no destinada al objeto” (STS 28-X-1992, con cita de abundantes precedentes), acceso “por vía insólita o desacostumbrada, es decir, cualquier conducta o medio comisivo que no sea natural, ni aquel de que usualmente se valen los titulares de dichos bienes para llegar a ellos (...) empleándose en la doctrina jurisprudencial expresiones como la de <<vía idónea>>, modo subrepticio de entrar, aunque no se empleen cuerdas ni ascensos por los escaladores” (ibid., con cita de precedentes). “Una actividad de astucia, destreza, agilidad, sin violencia o fuerza en sentido vulgar o material, pero que el legislador la equipara a tal por la peligrosidad que el inculpado revela para vencer o burlar los obstáculos o defensas naturales o artificiales protectoras de la propiedad” (ibid, con cita de precedentes). “Escalar en sentido jurídico-penal no equivale únicamente a subir o bajar, trepar o ascender, ni siquiera es concepto que requiera la entrada por vía no destinada al efecto del Código de 1932, sino que significa el acceso a los bienes inmuebles que se trata de sustraer por vía insólita, desacostumbrada o inusual, distinta desde luego a la que de ordinario utiliza el titular de dichos bienes” (STS 3-julio-1991).

- Cuestiones: imaginemos distintas formas de entrar, incluso muy curiosas y que no tienen ningún elemento de fuerza en las cosas, que encajarían bajo estas definiciones de escalamiento: entrar camuflado dentro de un electrodoméstico, un ataúd, etc. entrar a través del hueco del muro derribado por unas obras en la vivienda...

- Argumentos con que se sostiene esta interpretación

• Argumento histórico: la regulación de los diversos Códigos Penales desde 1822, que definían el escalamiento como entrada “por una vía que no sea la destinada al efecto” y fórmulas similares (STS 28-X-1992).

· Argumento del precedente: numerosísimos precedentes jurisprudenciales que se citan (STS 28-X-1992).

· Un argumento no fundamentado: “**Es evidente** que hay que partir en cualquier caso de un concepto que no sea el puramente estricto porque no se puede identificar el sustantivo con la acción de entrar mediante escalas” (STS 3-julio-1991). La sentencia no da razón de esta afirmación.

(2) “**Es evidente** que el escalamiento se puede apreciar no sólo cuando el autor despliega su energía criminal para ascender hasta el lugar que le permite acceder al recinto, sino también cuando se trata de descender. El escaló no tiene una dirección que le sea esencial, **como lo demuestra el Diccionario de la Lengua**” (STS 10-III-2000).

- Crítica del argumento utilizado. Se usa una variedad del argumento semántico, que se puede denominar semántico de autoridad, consistente en invocar las acepciones del Diccionario. Sin embargo, este argumento parece aquí criticable por las siguientes razones: ninguna de las acepciones de “escalamiento” que emplea el Diccionario alude al descenso, sólo a ascensos, y la palabra “escaló” tiene en el Diccionario dos acepciones. En la primera, es sinónimo de escalamiento, por lo que no alude a descensos. En la segunda, que sí se refiere a actividad independiente del ascender o descender, no es sinónima de escalamiento ni sirve, por tanto su definición, para ilustrar lo que sea escalar, y más bien encaja la actividad descrita en esa definición en la modalidad de rompimiento o fractura a que alude el apartado 2º del art. 237 CP. Veamos esas acepciones.

Las acepciones de “escalamiento” que recoge el Diccionario y que aquí pueden venir a cuento son éstas. Escalamiento es “acción y efecto de escalar”, y “escalar” es:

· “Entrar en una plaza fuerte u otro lugar valiéndose de escalas”.

· “Subir, trepar por una gran pendiente o a una gran altura”.

· Por ext. “Entrar subrepticia o violentamente en alguna parte, o salir de ella, rompiendo una pared, un tejado, etc.

Por su parte, de “escaló” se contienen en el Diccionario dos acepciones. La primera es “acción de escalar”, por lo que habrá que estar a las definiciones de escalar que hemos visto para saber lo que es escaló, lo mismo que para saber lo que es “escalamiento”. Ambos términos son sinónimos pero sólo en cuanto a ese significado, que vemos que no incluye acciones de descenso. La segunda acepción de “escaló” es “Trabajo de zapa o boquete practicado para salir de un lugar cerrado o penetrar en él”.

(3). Una noción “más ajustada a los principios de legalidad y de proporcionalidad, puede ser la de entrada por lugar no destinado al efecto siempre que ello exija una destreza o un esfuerzo de alguna importancia, destreza y esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado) que es el punto de referencia legal de que dispone el intérprete” (STS 25-III-1993). Por eso no se estima escalamiento el bajar la valla metálica en el punto por el que se entra.

- Argumentos con que se sostiene: principio de legalidad: “ciertamente el concepto semántico daba un concepto asaz estricto de la circunstancia agravatoria, pero peca de amplitud desmedida el concepto consagrado de simple acceso por un lugar insólito o desusado”

Cuestión 1: ¿por qué es un problema que el concepto semántico sea demasiado estricto?

Cuestión 2: ¿el TS aquí hace una interpretación propiamente dicha o que da vía libre a una posible **analogía** en algunos hipotéticos casos —no en el que resuelve? ¿Se darían los elementos definitorios de la analogía?

(4). “Se trata, en definitiva, de limitar el escalamiento a supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de habilidad o esfuerzo para ascender al lugar por donde efectúa el acceso, <<una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad>> ((cita de precedentes)) Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escalamiento, los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la <<planta baja>> (...) o <<a nivel de calle>> (...), cuando no conste una especial altura de la misma en relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse hasta el alfeizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento” (STS 7-II-2001).

- Argumento justificatorio: principio de legalidad penal.

- Cuestión: ¿se respeta dicho principio de legalidad penal cuando se entiende que bajo la noción típica de “escalamiento” se incluyen no solo los actos que impliquen “escalar”, sino todos los que supongan un esfuerzo equiparable? Tal equiparación no tiene más de analogía prohibida que de interpretación propiamente dicha y respetuosa con el principio de legalidad?

RJ 1991\5522

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 3 julio 1991

Jurisdicción: Penal

Recurso núm. 5032/1989.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz.

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS: escalamiento: penalidad; derecho a un proceso público con todas las garantías.

La sentencia de la Audiencia condenó a Joaquín R.P., como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor.

Contra la anterior resolución recurrió el procesado en casación alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

El T.S. declara no haber lugar al recurso.

El Magistrado Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater formula el Voto Paticular que publicamos.

Texto:

La sentencia de la Audiencia condenó a Joaquín R. P., como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor.

Contra la anterior resolución recurrió el procesado en casación alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

El T. S. declara no haber lugar al recurso.

El Magistrado Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater formula el Voto Paticular que publicamos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acusado fue condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, como consecuencia, según la sentencia impugnada, de haber penetrado en el piso del perjudicado «a través del patio de luces y pasando por la ventana», expresión de obligado acatamiento ahora, habida cuenta la vía casacional elegida en los dos motivos interpuestos, que no es otra sino la infracción de ley prevista en el artículo 849.1 de la norma procedimental.

SEGUNDO.- El primer motivo, auténticamente de fondo, valientemente cuestiona la resolución de la instancia, al estimar indebidamente aplicado en ella el artículo 504.1 del Código Penal, lo que por el contrario llevaría necesariamente sólo a la existencia de un delito de hurto previsto en el artículo 514, al desaparecer cualquier vestigio de fuerza en las cosas por parte del recurrente.

Sin embargo, es lo cierto que el propio acusado se apoya en la misma doctrina mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, con matizaciones que no afectan al supuesto de ahora, viene

reiterando lo que es una uniforme y constante postura, a pesar de lo cual se quieren obtener consecuencias realmente insostenibles **porque verdaderamente tanto la entrada por «vía no destinada al efecto» como «por vía insólita y desacostumbrada»**, constituyen manifestaciones o formas de expresión que en cualquier caso acogen el hecho de entrar en la vivienda por una ventana.

Es lo cierto que la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875) juega un papel fundamental a la hora de interpretar cualquier norma por ser aquélla la Ley esencial, primaria y única, a través de la cual **se cuestiona la constitucionalidad o la legitimidad, equivalente a legalidad, de todo el ordenamiento jurídico.**

Es cierto también que el artículo 24.2 de la Carta Magna, al referirse a un proceso público con todas las garantías, está proclamando la aplicación y vigencia de un «status jurídico» acorde con el contenido constitucional, lo que de hecho ha propiciado la reconsideración, **junto a la más exquisita reflexión jurídica**, de numerosos textos legales, mas ello no quiere decir que al amparo de la misma se pueda incurrir por parte de los jueces en interpretaciones absurdas como vía para la impunidad más absoluta.

TERCERO.- El concepto de la fuerza en las cosas ha suscitado permanentemente problemas interpretativos, siempre sobre la base de una definición distinta de la puramente gramatical al pretender el legislador una especial severidad en la mayor energía criminal desplegada por el presunto delincuente para vencer los obstáculos con que el dueño refuerza o custodia lo que es parte de su patrimonio.

Con respecto al escalamiento no se contiene en el Código una definición del mismo, a diferencia de lo que acontecía en el de 1932 que novedosamente estableció lo que luego la doctrina vino a ratificar, esto es, «la entrada en lugar del robo por vía que no fuera la destinada al efecto».

Es evidente que hay que partir en cualquier caso de un concepto que no sea el puramente estricto porque **no se puede identificar el sustantivo con la acción de entrar mediante escalas.**

En el sentido amplio con el que deberá estudiarse la problemática, se ha de llegar a las definiciones que reiteradamente ha señalado ya esta Sala, y de la que antes hemos hecho mención, por medio de una constante depuración terminológica de los conceptos.

Escalar en sentido jurídico-penal **no equivale únicamente a subir o bajar, trepar o ascender, ni siquiera es concepto que requiera la entrada por vía no destinada al efecto del Código de 1932, sino que significa el acceso a los bienes inmuebles que se trata de sustraer, por vía insólita, desacostumbrada o inusual, distinta desde luego a la que de ordinario utiliza el titular de dichos bienes**, como lo es el entrar por una ventana cualquiera que sea su altura o distancia del suelo -Sentencias de 18 de febrero, 21 de abril y 3 de noviembre de 1989 (RJ 1989\1601, RJ 1989\3494 y RJ 1989\8543), entre otras muchas-.

En consecuencia a lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado ya que el resultado probatorio es suficientemente expresivo en su relación con la doctrina acabada de exponer.

CUARTO.- El segundo motivo se alega con base en la infracción de ley del artículo 849.1 de la norma procedimental, al estimar que la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 61, apartados 4 y 7, en relación con el 78, ambos del Código Penal, indebidamente inaplicados.

El motivo, sin mayores argumentaciones, ha de ser desestimado en tanto que, por su carencia absoluta de fundamento, debió ser inadmitido en su momento, dados los términos del artículo 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Carece de fundamento la protesta porque la instancia se ha limitado a aplicar la norma de manera escrupulosa, imponiendo la pena en el mínimo del grado máximo.

Efectivamente, el robo con escalamiento en cuantía superior a 30.000 pesetas (treinta mil), obliga a la pena de prisión menor **que por la concurrencia a su vez de la agravante específica del artículo 506.2 del Código Penal ha de imponerse en el grado máximo**, de cuatro años, dos meses y un día hasta seis años.

I. El Magistrado que suscribe se siente obligado a expresar los fundamentos de su discrepancia con la sentencia dictada por la mayoría, expresando a la vez el respeto que le merece el punto de vista sostenido en la misma.

II. La mayoría de la Sala ha sostenido que se debe apreciar el escalamiento, en el sentido del art. 504.1 CP, cuando el autor haya entrado en el lugar donde se encontraban los objetos de la apropiación por «vía no destinada al efecto» o «por vía insólita y desacostumbrada».

Tal punto de vista importa una extensión de la ley penal fundada en la analogía y, por lo tanto, prohibida por el art. 25.1 CE. En efecto, se equipara a la fuerza en las cosas el simple entrar a un recinto por una vía distinta de la acostumbrada, con lo que, indudablemente, se supera la extensión del texto legal. De esta manera, por otra parte se aplica la ley penal totalmente desconectada de su finalidad, puesto que las razones para el incremento de la pena, que están implícitos en la calificación de un hecho como robo, no se dan sino cuando el autor pone de manifiesto con su acción una especial energía criminal dirigida a la lesión del bien jurídico -confr. STS. de 20-3-90 (RJ 1990\2566)-.

La interpretación de la ley penal de acuerdo con estas premisas es, por otra parte una imposición del principio de proporcionalidad que la Constitución consagra en diversas disposiciones (art. 1.1 y art. 9.3 CE). El principio de proporcionalidad impide una interpretación que establezca cualquier equivalencia de los elementos del delito establecidos en las diversas hipótesis del robo contenidas en la ley. En este sentido, es indudable que no es lo mismo entrar rompiendo una puerta a golpes o forzando su cerradura, que entrar por una ventana baja y abierta. Ambos comportamientos deben diferir esencialmente en su reprobación penal, precisamente porque ponen de manifiesto actitudes y disposiciones muy diferentes del autor en relación a los bienes jurídicos protegidos.

Consecuentemente, la circunstancia de escalamiento debe ser entendida en cada caso concreto en relación a la finalidad específica de la norma del art. 504 CP. Con esta disposición el legislador ha querido señalar supuestos equivalentes, desde el punto de vista político-criminal, a la fuerza en las cosas que es propia del robo en una de sus modalidades, pero que no implican estrictamente empleo de fuerza (especialmente los supuestos 1.º y 4.º del art. 504 CP). Por lo tanto, el escalamiento, de acuerdo con los principios señalados, se debe apreciar sólo cuando, en la utilización de vías no destinadas al acceso el autor exteriorice, en el caso concreto, una energía criminal comparable a la que caracteriza a la fuerza en las cosas, es decir, que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para

la defensa de la propiedad. De esta manera, la similitud de los hechos, vista desde el contenido de ilicitud de los mismos, será proporcionada a la gravedad de la consecuencia jurídica que establece la ley.

En suma, de esta manera, los correctos resultados alcanzados por la Jurisprudencia se podrán aplicar dejando a salvo el principio constitucional de proporcionalidad y la finalidad perseguida por el legislador penal, así como observando los límites de la interpretación autorizada por el principio de legalidad (art. 25.1 CE).

III. Esta interpretación, por otra parte, no constituye, como opina la mayoría, una reconsideración del texto legal a partir de la Constitución que propicie «interpretaciones absurdas como vía para la impunidad más absoluta». Más aún, ni es absurda ni provoca impunidad. No es absurda pues se funda en los principios de legalidad y de proporcionalidad, de acuerdo con el método teleológico. No provoca impunidad, pues la función de los Tribunales es aplicar racionalmente la ley y no decidir qué debe ser punible a pesar de lo dicho por el legislador y el constituyente. El fantasma de la supuesta impunidad no es un argumento jurídico racional en un Estado de Derecho, pues, como es sabido, «el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal».

IV. En el presente caso no consta que el autor haya tenido que forzar la ventana por la que entró ni que ésta estuviera a una altura que resulte verdaderamente insólito haber entrado por ella. La falta de estas constancias impide, como consecuencia, considerar que en el hecho probado se dan los elementos que permitirían una aplicación del art. 504.1 CP, razón por la cual se debería haber estimado el motivo primero del recurso.

RJ 1992\8546

Sentencia Tribunal Supremo núm. 2315/1992 (Sala de lo Penal), de 28 octubre

Jurisdicción: Penal

Recurso núm. 2721/1988.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS: escalamiento. Encubridor: existencia de prueba.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por don Julián Miguel Angel de C. V., contra sentencia de la Audiencia, que le condenó como encubridor de un delito de robo con fuerza en las cosas, a la pena de un mes y un día de arresto mayor.

Texto:

El TS declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por Julián Miguel Angel de C. V., contra sentencia de la Audiencia, que le condenó como encubridor de un delito de robo con fuerza en las cosas, a la pena de un mes y un día de arresto mayor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un motivo único se conforma el recurso de casación interpuesto por la representación y defensa del acusado, amparado en el núm. 1.º del art. 849 de la LECrim, en relación con el art. 24.2 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y los art. 17, 54, 500, 504.1, 505 y 506.2 del Código Penal.

Comienza la fundamentación del motivo en que de las actuaciones no se desprende prueba alguna de cargo que logre destruir el principio fundamental de la presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 del Texto Fundamental y Supranormativo, tanto en lo referido al robo con fuerza en las cosas, como a la propia condición de encubridor en el recurrente.

El anómalo recurso si bien adelanta que no existe prueba alguna de cargo del delito de robo con fuerza en las cosas, ni de la condición de encubridor en el acusado, en las alegaciones pretende atacar la calificación jurídica del apoderamiento que se reputa delito de hurto del art. 514 del Código Penal para después retomar la línea argumental emprendida.

Con independencia que el tema de la calificación jurídica debió de encauzarse por la vía casacional del **error iuris** del art. 849, 1.º de la Ordenanza Procesal Penal y no por esta vía, como un vehículo más de la presunción de inocencia, tampoco presenta prosperabilidad tal alegación jurídica.

No sólo el hecho probado describe el día y hora y el lugar -una vivienda- «donde persona o personas que no han podido ser identificadas, tras penetrar a través de una ventana que se hallaba abierta, sustrajo o sustrajeron unas tres mil pesetas en metálico, así como joyas valoradas en sesenta y seis mil cuatrocientas pesetas...», sino que consta así en la instrucción, en la declaración de la perjudicada por el hecho -folios 1 y 21-.

El concepto legal de fuerza en las cosas, determinante del robo, haciendo imposible la aplicación del delito de hurto, no es coincidente con el vulgar, aparece delimitado por el legislador con determinados medios y cualquier otro tipo de fuerza no comprendida en el art. 504 del Código Penal carece de la suficiente entidad para cualificar una sustracción como delito de robo. El legislador ha atendido a la mayor energía criminal desplegada por el delincuente para vencer el obstáculo, al apoderamiento con el **dominus** ha reforzado la protección de los bienes muebles, bien mediante su destrucción -fractura- o bien por su superación -escalamiento y llaves falsas-.

El escalamiento, primera de las circunstancias expresadas en el art. 504, encuentra ya su antecedente en nuestro primer Código Penal, de 1822, que comprendía a efectos del robo como «fuerza o violencia hecha a las cosas, el escalamiento de edificio» (art. 726), mientras que ya el Texto de 1848 lo definía para calificar el robo con fuerza en las cosas «cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto» (art. 421), lo que se repetirá en la reforma de 1850 (art. 431). El Código Penal de 1870 que lo aplicaba en los arts. 521 y 525 en supuestos de robo, lo definía dentro de la Parte General, al tratar de las circunstancias agravantes (art. 10, 21.^a) con igual fórmula que en 1850 y otro tanto hacía el de 1928 en su art. 66,9.^a, mientras que el Texto de 1932 (RCL 1932\1408 y 1499) volvió a llevar la tradicional definición a la Parte Especial (art. 497, 1.^a), desapareciendo ésta, pero conservándose tal circunstancia en el robo con fuerza en las cosas en el Código de 1944 (RCL 1944\1058) y en todas sus reformas hasta la fecha.

Con independencia de que la doctrina jurisprudencial ha seguido utilizando el mismo concepto que en los Códigos precedentes, es lo cierto que nunca ha utilizado el sentido puramente gramatical de escala, utilización de una escala de subida o bajada, sino que ha mantenido el de la introducción en un lugar cerrado por vía no destinada al objeto -SS. 6-6-1947 (RJ 1947\838); 1-5-1948 (RJ 1948\710), 19-6-1950 (RJ 1950\971), 2-1-1951 (RJ 1951\13), 5-12-1952 (RJ 1952\2411), 26-11-1954 (RJ 1954\2713), 1-6-1956 (RJ 1956\2508), 23-10-1957 (RJ 1957\2694), 15-2-1958 (RJ 1958\380), 2-4-1964 (RJ 1964\1738), etc.-.

La doctrina más reciente ha destacado que lo trascendente no es que el agente trepe, ascienda, suba o escale, ni tampoco que penetre en el interior de un inmueble por vía no destinada al efecto, sino que lo realmente relevante es que logre acceder a llegar a los bienes inmuebles por vía insólita o desacostumbrada, es decir, cualquier conducta o medio comisivo que no sea natural, ni aquel de que usualmente se valen los titulares de dichos bienes para llegar a ellos -SS. 9-12-1981 (RJ 1981\4989), 11 febrero, 5 abril y 27 octubre 1982 (RJ 1982\649, RJ 1982\2074 y RJ 1982\5694), 15 febrero, 10 marzo, 16 junio y 8 noviembre 1983 (RJ 1983\1681, RJ 1983\1797, RJ 1983\3544 y RJ 1983\5466), 24 enero, 31 mayo y 28 junio 1985 (RJ 1985\350, RJ 1985\2574 y RJ 1985\3082), 10-12-1986 (RJ 1986\7877), 9-10-1987 (RJ 1987\7274), 22-1-1988 (RJ 1988\437), 18 febrero, 21 abril y 3 noviembre 1989 (RJ 1989\1601, RJ 1989\3494 y RJ 1989\8543) y 20-3-1990 (RJ 1990\2566)- empleándose por la doctrina jurisprudencial expresiones como la de «vía idónea», modo subrepticio de entrar, aunque no se empleen cuerdas ni ascensos por los escaladores -SS. 22-10-1952 (RJ 1952\1778) y 23 enero y 7 noviembre 1984 (RJ 1984\395 y RJ 1984\5450).

Este Tribunal de casación ha estimado el escalamiento como una actividad de astucia, destreza, agilidad, sin violencia o fuerza en sentido vulgar o material, pero que el legislador la equipara a tal por la peligrosidad que el inculpaado revela para vencer o burlar los obstáculos o defensas naturales o artificiales

protectoras de la propiedad -SS. 29-3-1982 (RJ 1982\2035), 13-10-1986 y 7-2-1987 (RJ 1987\1214)-.

En todo caso se ha reputado desde la codificación el acceso por una ventana al lugar de la sustracción o apoderamiento como escalamiento determinante de un robo con fuerza en las cosas -SS. 22 marzo y 11 agosto 1877, 11-1-1887, 26-11-1890, 8 mayo, 1 septiembre 1891, 17-12-1902, 24-4-1903, 5 febrero y 13 agosto 1908, 12-9-1924, 17-5-1925, 5-7-1926, 10-1-1929, 13-4-1946, 5-2-1949 (RJ 1949\173), 4-2-1950 (RJ 1950\272), 11-10-1951 (RJ 1951\2189), 22-10-1952 (RJ 1952\1778), 2-10-1953 (RJ 1953\2363 21-3-1955 (RJ 1955\591), 7-4-1956 (RJ 1956\1591), 3-12-1957 (RJ 1957\3223), 1-2-1960, 4-10-1961 (RJ 1961\3344), 25-9-1962 (RJ 1962\3368), 5 marzo y 3 diciembre 1964 (RJ 1964\1348 y RJ 1964\5160), 7-6-1965 (RJ 1965\2842), 12-11-1968 (RJ 1968\4608), 2-6-1969 (RJ 1969\3084), 19-12-1970 (RJ 1970\5488) y 22-5-1972 (RJ 1972\1352)- e incluso más recientemente cualquiera que sea su altura o distancia del suelo y sin necesidad de que medie fractura alguna -SS. 29 marzo, 5 y 13 abril 1982 (RJ 1982\2084), 15-2-1983, 10 julio y 10 diciembre 1986 (RJ 1986\4305), 3-11-1989, 20-3-1990, 29 mayo y 4 noviembre 1991 (RJ 1991\3976 y RJ 1991\7916)-.

Siendo independiente que tal ventana esté con o sin cristal -S. 27-3-1944 (RJ 1944\386)- o abierta -SS. 7-5-1962 (RJ 1962\1983), 26-3-1968 (RJ 1968\1563), 18 febrero, 21 abril, 3 noviembre 1989, 30 mayo, 4 noviembre 1991 (RJ 1991\4008) y 9-3-1992- constituyendo ejemplo único y solitario la S. 20-3-1990 que no lo estimó porque el autor «no necesitó vencer de una manera especial obstáculos predispuestos para evitar el acceso al inmueble» que no ha sido ratificada en posteriores, sino claramente contradicha en la reciente de 20-5-1992 (RJ 1992\4187).

Como resumen, al existir escalamiento concurre el robo con fuerza en las cosas y no el hurto como se pretende incongruentemente en el motivo.

SEGUNDO.- Con referencia a la propia condición de encubridor del recurrente hay que manifestar que la ha obtenido el Tribunal **a quo** de datos probatorios inequívocos que ha explicitado en el propio hecho probado, al expresar que vendió en una casa de compraventa una serie de efectos de los apropiados en el robo que, a continuación detalla, recibiendo a cambio veinte mil pesetas que no constan fueran para su beneficio exclusivo y añadiendo a continuación el relato fáctico que «posteriormente compareció en la misma casa de compraventa para vender unos efectos de la indicada procedencia, concretamente unos pendientes y una placa de esclava, que dejó abandonados en el establecimiento sin perfeccionar las ventas huyendo ante la sospecha de que podía llegar la Policía ...».

Tales hechos se encuentran determinados y acreditados por prueba directa, la declaración del propietario del establecimiento de compraventa -folio 31- y manifestación de los Policías Nacionales en el acto del juicio oral y por prueba indiciaria también, como la declaración del inculcado en sede policial, asistido de Abogado, de que no tuvo participación en los hechos y que se le acercó un chico al que sólo conoce de vista (sic) y le dijo que si le vendía unas joyas que llevaba le daría un porcentaje de dinero, lo que así realizó recibiendo cinco mil pesetas y al día siguiente el mismo chico le entregó otro lote, declaración ampliada en presencia judicial añadiendo su condición de heroinómano y en la indagatoria donde niega su participación en el robo, donde se limitó a vender, añadiendo, ahora por primera vez, que el sujeto desconocido que manifestó que eran de su madre y tenía necesidad de venderlas. Por último, en el acto del juicio oral completa sus manifestaciones afirmando que el desconocido carecía de DNI y niega

que se marchase de la casa de compraventa cuando se le dijo que se iba a avisar a la Policía.

De tales hechos puede inferirse, sin menoscabo alguno de los principios de la lógica y de las reglas del más sano sentido crítico, una actuación de auxilio o favorecimiento **post delictum** del núm. 1.º del art. 17 del Código Penal, que se configura por los siguientes elementos: a) Conocimiento del delito después de su ejecución. b) La no participación en él como autor ni como cómplice. c) Intervención posterior a la ejecución y por alguno de los modos expresados en el citado precepto. Delito afín al de receptación, si bien éste con tipicidad más autónoma en el art. 546 bis, que difieren en que el aprovechamiento no es en exclusivo provecho del receptor.

No se ha violado el principio constitucional de presunción de inocencia, ante la existencia de prueba de cargo, aunque sí puede reprocharse a la sentencia recurrida su laconismo en la fundamentación, limitado a unos datos recogidos en el **factum**, lo que puede incidir en la tutela judicial efectiva y en la indefensión, al no explicitar el proceso lógico del convencimiento judicial de los hechos, evitando así que la sentencia que debe ser una resolución racional, en donde el juzgador no sólo se convenza, sino que pretenda convencer, en donde no ofrezca un resultado, sino los sumandos y operaciones de adición que lleguen a dicha meta, evitando así que se trueque una sentencia condenatoria que puede infringir al acusado de la privación de bienes jurídicos tan importantes como la libertad y el patrimonio, en un mero acto de imperio.

Ahora bien, la existencia de prueba directa y el recoger la indiciaria en el **factum** no supone absoluta falta de motivación sino deficiencia simplemente y, por otra parte, tal supuesta infracción no ha sido denunciada, limitándose el recurrente a la falta de prueba, siendo así que con la declaración del dueño del establecimiento y Policías Nacionales y sus propias declaraciones se deduce virtualmente su participación encubridora.

El motivo debe ser desestimado.

Jurisdicción: Penal

Recurso núm. 4436/1990.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Ménguez.

ROBO: CON FUERZA EN LAS COSAS: rompimiento de pared y escalamiento: inexistencia.

HURTO: sustracción de aves rapaces.

Se declara probado que «sobre las 2,30 horas del día 25-4-1982, los procesados Ignacio R. O. de 17 años de edad, David F. D. de 16 años de edad y José Andrés F. C. de 16 años de edad, y todos ellos sin antecedentes penales, acompañados de tres menores de edad penal, actuando de común acuerdo y con ánimo de obtener un ilícito beneficio, saltaron la valla metálica de la finca «Safari el Rincón», en Aldea del Fresno (Madrid) abatiéndola parcialmente en ese punto causando daños por importe de 5.000 ptas., y una vez en el interior del recinto en el que se encontraban diversos animales, se apoderaron de tres aves rapaces adiestradas, que eran un halcón, un azor y un cernícalo, valorados en 140.000 ptas. saliendo del lugar y marchándose en unos ciclomotores, siendo sorprendidos y detenidos por la Guardia Civil sobre las 4,00 horas del mismo día ocupándose en su poder las tres rapaces mencionadas».

La sentencia de la Audiencia condenó a Ignacio R.O., David F.D. y José Andrés F.C. como autores de un delito de robo, concurriendo la atenuante de menor edad penal, a la pena de multa de 30.000 ptas. a cada uno de ellos y a que indemnicen en 5.000 ptas. al «Safari el Rincón».

Contra la anterior resolución recurrió el procesado Ignacio R. O., alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

El TS declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena a Ignacio R. O., David F. D. y José Andrés F. C., como autores de un delito de hurto en cuantía de 140.000 ptas., concurriendo la circunstancia de atenuación privilegiada de edad juvenil, a sendas penas de 20.000 ptas. de multa.

Texto:

Se declara probado que «sobre las 2,30 horas del día 25-4-1982, los procesados Ignacio R. O. de 17 años de edad, David F. D. de 16 años de edad y José Andrés F. C. de 16 años de edad, y todos ellos sin antecedentes penales, acompañados de tres menores de edad penal, actuando de común acuerdo y con ánimo de obtener un ilícito beneficio, saltaron la valla metálica de la finca "Safari el Rincón", en Aldea del Fresno (Madrid) abatiéndola parcialmente en ese punto causando daños por importe de 5.000 ptas., y una vez en el interior del recinto en el que se encontraban diversos animales, se apoderaron de tres aves rapaces adiestradas, que eran un halcón, un azor y un cernícalo, valorados en 140.000 ptas. saliendo del lugar y marchándose en unos ciclomotores, siendo sorprendidos y detenidos por la Guardia Civil sobre las 4,00 horas del mismo día ocupándose en su poder las tres rapaces mencionadas».

La sentencia de la Audiencia condenó a Ignacio R. O., David F. D. y José Andrés F. C. como autores de un delito de robo, concurriendo la atenuante de menor edad penal, a la pena de multa de 30.000 ptas. a

cada uno de ellos y a que indemnicen en 5.000 ptas. al «Safari el Rincón».

Contra la anterior resolución recurrió el procesado Ignacio R. O., alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

El TS declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena a Ignacio R. O., David F. D. y José Andrés F. C., como autores de un delito de hurto en cuantía de 140.000 ptas., concurriendo la circunstancia de atenuación privilegiada de edad juvenil, a sendas penas de 20.000 ptas. de multa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El correlativo del recurso, con cita -por aplicación indebida de los arts. 500 y 514 del Código Penal-, rechaza la existencia de conducta delictiva por no tener el carácter de ajenidad las tres aves rapaces substraídas (un halcón, un azor y un cernícalo) de acuerdo con el art. 1.º del Real Decreto 3181/1980, de 30 diciembre (RCL 1981\532 y ApNDL 2101) que prohíbe la tenencia de las especies de fauna silvestre que se relacionan, entre ellas las llamadas aves falconiformes.

La noción de ajenidad en estos delitos patrimoniales hay que contemplarla desde una perspectiva negativa, de no pertenencia al que se apodera ilícitamente de la cosa; ahora bien, pueden existir cosas ajenas que por su carácter de «res derelictae» (cosas abandonadas, art. 460.1 del Código Civil), «res nullius» (art. 610 del Código) y en las denominadas «res communes omnium» (cosas de todos), son susceptibles de apoderamiento de ocupación, sin comportar lesión patrimonial alguna; por este motivo, junto a la nota indicada de no pertenencia, se suele completar la noción de ajenidad con la exigencia de que no sean susceptibles de ocupación [vid. S. 11-7-1984 (RJ 1984\3888)]. El Real Decreto aludido incluye en el catálogo de cosas «extra commercium» ciertas especies de la fauna silvestre a los fines de su protección y conservación, lo que no es óbice para reconocer, con las adecuadas autorizaciones, la posibilidad de captura y posesión de aves rapaces para su empleo en la modalidad de caza denominada cetrería o con los fines que determina el art. 4.º de dicho Decreto, animales fieros o salvajes que, en todo caso, al ser reducidos a la condición de amansados o domesticados se hacen susceptibles de adquisición por ocupación, y, ajenos, por tanto, respecto a terceros [arts. 4.2 de la Ley de Caza (RCL 1970\579 y NDL 4840) y 465 del Código Civil]. Se cumple esta exigencia de ajenidad cuando se trata de aves pertenecientes a una finca dedicada a la exhibición recreativa de especies fieras y salvajes, y desde la misma perspectiva del recurrente parece absurdo pretender que prevalezca la posesión de los sustractores, que también infringirían la disposición administrativa que invocan con la carga añadida de la ilícita adquisición. Hay delito.

SEGUNDO.- Subsidiariamente, para el caso de dar categoría delictiva a los hechos, el recurso suscita sucesivamente dos cuestiones: la calificación penal de la conducta expresada dentro del hurto (motivos segundo y tercero), y el grado de ejecución (motivo cuarto).

Respecto del primer punto, frente a una tendencia jurisprudencial que ha sido progresiva en la extensión de los conceptos cualificativos del art. 504 del Código Penal viene apuntándose en las recientes declaraciones, por exigencia del principio de legalidad, una marcada tendencia a rechazar cualquier interpretación laxa, no estrictamente normativa, del concepto de fuerza que resultaría «contra reo» por

cuanto implicaría ceder terreno en favor del robo; y en esta línea debe afirmarse que la fuerza normativa válida para dar vida a este delito sería únicamente la que quepa dentro de su regulación positiva, normativa que, por exclusión, fija los confines del delito de hurto; todo ello avalado por la convicción de que el robo con fuerza es una modalidad excepcional y agravada del hurto y una variedad del robo que se restringe a la violencia personal, salvo en las legislaciones inspiradas en el sistema hispánico.

La sentencia recurrida subsume la fuerza real en los núms. 1.º y 2.º del art. 504 del Código, y es palmario que no existe ruptura de pared en el sentido literal y propio del precepto porque abatir o bajar en un punto la valla metálica para acceder al recinto de la finca donde fueron apresadas las tres rapaces, no puede ser equiparada, desde la perspectiva de la energía delictiva, a la ruptura de una pared, de un muro o de una cerca.

Sobre el escalamiento ha de afirmarse, en primer término, que es una modalidad del robo en q[ue no hay fuerza, sino una conducta equiparada [S. 7-11-1984 (RJ 1984\5450)] en la que prevalece la habilidad sobre la violencia, denunciando la doctrina una constante ampliación del concepto por vía jurisprudencial con quebranto para el principio de legalidad; sin embargo, la Sentencia de esta Sala de 20-3-1990 (RJ 1990\2566) apunta hacia la inversión de esta tendencia al afirmar que el escalamiento se debe apreciar cuando en la utilización de vías no destinadas al acceso se exteriorice una energía criminal comparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas (se trataba de acceso desde una ventana abierta al nivel de la calle). Ciertamente que el concepto semántico daba un concepto asaz estricto de la circunstancia agravatoria, pero peca de amplitud desmedida el concepto consagrado de simple acceso por un lugar insólito o desusado; una tercera noción, más ajustada a los principios de legalidad y de proporcionalidad, puede ser la de entrada por lugar no destinado al efecto siempre que ello exija una destreza o un esfuerzo de alguna importancia, destreza y esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado) que es el punto de referencia legal de que dispone el intérprete. Consecuentemente, entiende el Tribunal que el trabajo -exiguo- de abatir o bajar una valla metálica en un punto de su trazado y pasar sobre ella para entrar en el cercado no es la fuerza típica del art. 504.1.º del Código Penal. Hay delito de hurto.

TERCERO.- Sobre la consumación delictiva, que impugna el cuarto motivo del recurso con cita -por inaplicación- del art. 3.º del Código, son ajustadas las consideraciones que hace al respecto la sentencia recurrida, puesto que hubo un tiempo en que los autores tuvieron la plena disponibilidad de las aves sustraídas; otra cosa hubiera sido, si hubieran sido sorprendidos «in situ» o capturados después de una persecución inmediata. Y tampoco puede entrar en juego a favor de la tesis de la frustración la finalidad ulterior de los agentes que no era -dice el recurrente moviéndose en el campo de lo hipotético- comerciar con las aves, sino su posesión para el uso y disfrute por su afición a las aves de presa. Hay delito de hurto consumado.

Jurisdicción: Penal**Recurso de Casación núm.** 2319/1998.**Ponente:** Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

ROBO: Animo de lucro: concepto: el cambio de propósito en cuanto a qué cosas coger no tiene incidencia en el «animus rem sibi habendi»; Escalamiento: existencia: entrada en establecimiento por claraboya situada en el tejado y a cuatro metros del suelo.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el acusado Manuel G. P. contra la Sentencia de la Audiencia de A Coruña de 17-9-1997, que le condenó como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa.

Texto:

En la Villa de Madrid, a diez de marzo de dos mil.

En el recurso de casación por *infracción de Ley* que ante Nos pende interpuesto por el procesado Manuel G. P. contra sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, que le condenó por delito de *robo con fuerza en las cosas* en grado de tentativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la *deliberación y fallo* bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho procesado, como parte recurrente, representado por el Procurador señor D. G.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de Instrucción número 6 de A Coruña instruyó sumario con el número 295/1996-PA contra el procesado Manuel G. P. y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital que, con fecha *17 de septiembre de 1997* dictó sentencia que contiene los siguientes *hechos probados*:

«*Se declaran probados los siguientes hechos*: Sobre las 4 horas del día 30 de octubre de 1996, Carlos Jaime R. C., acudió a su lugar de trabajo, la panadería Tahona, sita en la calle La Torre núm. ..., ..., de esta ciudad, y como oyese un ruido extraño, ya en el interior, se dirigió al sitio de donde procedía, encontrando entonces agachado, cerca del horno, a un individuo, que resultó ser el acusado Manuel G. P., de 44 años de edad, a la sazón, y ejecutoriamente condenado por sentencia firme del juzgado de lo Penal núm. 1 de La Coruña, de 14 de septiembre de 1994, por robo, a la pena de 6 meses de arresto mayor y 150.000 pesetas de multa, el cual había entrado en dicho establecimiento por una claraboya situada en el tejado, a unos cuatro metros de altura del suelo y que se encontraba abierta, dirigiéndose posteriormente a

una caja-registradora, que contenía monedas y que no llegó a abrir, si bien la desplazó del lugar en que solía estar. Avisada la Policía al ser descubierto, fue detenido.

El acusado había bebido esa noche, aunque no consta que por la ingesta alcohólica se hallasen sensiblemente disminuidas sus facultades intelectivas y volitivas, que lo estarían, a lo sumo, ligeramente, encontrándose, no obstante, en procesos de desintoxicación».

SEGUNDO.-La Audiencia de instancia dictó el siguiente *pronunciamiento*:

«*Fallamos*: Se condena al acusado Manuel G. P., como autor criminalmente responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, en grado de tentativa, con el concurso de la agravante de reincidencia y la atenuante analógica de embriaguez, a la pena de *veintiocho arrestos de fin de semana*, y al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se declara de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por el mismo, en su caso, durante la tramitación de la causa y reclámese del señor Juez Instructor la pieza de responsabilidad civil, ultimada. Al notificar esta sentencia a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el artículo 248.4 de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375)».

TERCERO.-Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el procesado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.-La representación del procesado basa su recurso en el siguiente *motivo único de casación*: «Al amparo del núm. 4 del art. 5 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875)».

QUINTO.-Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.-Hecho el señalamiento para la deliberación, ésta se celebró el día *28 de febrero de 2000*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- El único motivo del recurso ha sido formalizado por infracción al derecho a la presunción

de inocencia. Sin embargo, en su desarrollo la Defensa alude a dos infracciones jurídicas concernientes a la subsunción del hecho bajo el tipo penal del robo arts. 237 y 238 del CP). Por un lado se sostiene que el ánimo de lucro no se puede tener por acreditado sólo porque el acusado haya ofrecido colocar la caja registradora en su lugar, toda vez que no es posible determinar que aquél haya siquiera tocado dicha caja. Por otro lado, el recurrente alega que no se dan las condiciones de hecho que permiten afirmar el escalamiento, pues la claraboya por la que el recurrente entró a la panadería, además de estar abierta, era fácilmente accesible desde el solar por donde aquél accedió al recinto cerrado.

El recurso debe ser *desestimado*.

1. La noción de ánimo de lucro ha sido ya aclarada en la Jurisprudencia de esta Sala (Cfr. entre las precedentes ya antiguas SSTs de 9-2-1981 [RJ 1981\501]; 19-10-1981 [RJ 1981\3669]; 21-10-1981 [RJ 1981\3863]; 28-9-1982 [RJ 1982\4984]; 12-2-1985 [RJ 1985\949]; 20-6-1985 [RJ 1985\3034]; 29-1-1986 [RJ 1986\196]). De acuerdo con estos precedentes el delito de robo lo mismo que el de hurto, son delitos estructurados sobre una acción contra la propiedad, de apropiación de cosas y, consecuentemente, no pueden ser considerados como delitos de enriquecimiento. En ellos, por lo tanto, el ánimo de lucro se agota en el «ánimus rem sibi habendi», es decir, en el propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa, al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio.

En consecuencia, si el acusado entró al establecimiento con el propósito de apropiarse de pan, como dijo, lo hizo con «ánimus rem sibi habendi», pues el pan era una cosa ajena. La circunstancia de que luego haya podido cambiar su propósito dirigiendo su acción hacia una caja registradora, es decir, que la acción haya comenzado con una cierta indeterminación respecto del objeto de la apropiación, no tiene ninguna incidencia en el «ánimus rem sibi habendi». En todo caso, lo que permitiría es discutir si el propósito sobrevenido respecto del nuevo objeto (el contenido de la caja registradora) puede constituir una nueva acción, que no resultaría cualificada por la fuerza en las cosas empleada para acceder al lugar. Si esta tesis fuera correcta el acusado debería haber sido condenado por una tentativa de robo y otra de hurto en concurso real. Sin embargo este cambio de objeto del hecho durante la ejecución, en una línea de ataque análoga a la inicial, no ha sido considerada relevante, inclusive en los casos en los que el autor carecía de un plan determinado. La tesis que postuló en la doctrina en estos supuestos un caso de «aberratio ictus» consciente ha sido rechazada entendiendo que el cambio de objeto tiene lugar en el marco del mismo dolo. De todos modos, es evidente que el resultado al que estas consideraciones conducirían es claramente perjudicial al acusado.

2. En lo que concierne al escalamiento, la Sala carece de elementos que le permitan comprobar si la claraboya a través de la cual el acusado se introdujo en la panadería se encontraba a una altura que excluye la posibilidad de afirmar el despliegue de una energía criminal que justifique la agravación. No obstante, en los hechos probados, se ha establecido que la claraboya se encontraba en el tejado y que el recurrente tuvo luego que descender cuatro metros desde ella hasta el suelo. Es evidente que el escalamiento se puede apreciar no sólo cuando el autor despliega su energía criminal para ascender hasta el lugar que le permite acceder al recinto, sino también cuando se trata de descender. El escaló no tiene una dirección que le sea esencial, como lo demuestra el Diccionario de la Lengua.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que, de todos modos, si la claraboya estaba en un tejado

y separada cuatro metros del suelo, es que el acusado debió subir a dicho tejado, lo que añadido a las consideraciones ya expuestas, permite concluir que la lesión jurídica denunciada carece de fundamento.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: *Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley* interpuesto por el procesado Manuel G. P. contra sentencia dictada el día 17 de septiembre de 1997 por la Audiencia Provincial de A Coruña, en causa seguida contra el mismo por un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa.

Condenamos al procesado recurrente al *pago de las costas* ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Enrique Bacigalupo Zapater, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 1419/1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

ROBO: Escalamiento: concepto; Rompimiento de pared, techo o suelo o fractura de puerta o ventana: concepto de «fractura externa»; existencia: forzamiento de ventana violentando su cierre y de las persianas exteriores existentes.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el acusado Oscar M. B. contra la Sentencia de la Audiencia de Valencia (Sección 5ª) de 24-2-1999, que le condenó como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas.

Texto:

En la Villa de Madrid, a siete de febrero de dos mil uno.

En el recurso de Casación por **infracción de ley** que ante Nos pende, interpuesto por Oscar M. B., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 5ª), por delito de **robo con fuerza**, los componentes de la Sala Segunda que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo prevenido por la ley, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo parte recurrida el Ministerio Fiscal y estando el recurrente representado por el Procurador señor G. L.-L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Gandía instruyó Sumario 4/1998 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 5ª), que con fecha 24 de febrero de 1999, dictó Sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Unico.-Sobre las 19.30 horas del día 3 de agosto de 1997, el acusado Oscar M. B., de 21 años de edad y condenado ejecutoriamente en 4 sentencias por delitos de robo, la última de ellas de 19-4-1995 a pena de dos años, 4 meses y un día de prisión menor, guiado por la intención de enriquecerse a costa de lo ajeno, penetró por la ventana en una de las habitaciones del Hotel Don Chimo, sito en la Partida Redonda ... de la Playa de Gandía donde estaba alojado Miguel Angel G. M., forzando dicha ventana y apoderándose de efectos pericialmente tasados en 56.940 ptas.

A continuación, el acusado Oscar M. B., con la misma intención y de igual modo, penetró en la habitación del mismo hotel, donde se alojaban Paloma A. G. y María Aránzazu A. G., apoderándose de los bolsos de ambas, sustrayéndole a la primera cien mil pesetas en metálico y efectos tasados pericialmente en 204.400 pesetas, de los que no han sido recuperados los valorados en 6.900 pesetas y a la segunda setenta y cinco mil pesetas en metálico y efectos tasados pericialmente en 53.000 pesetas, efectos que han sido posteriormente recuperados, no así el dinero en metálico.

El propietario del Hotel ha renunciado a toda indemnización que pudiera corresponderle».

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

«**Fallamos:** Que debemos condenar y condenamos al acusado Oscar M. B., como autor criminalmente responsable de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión con accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales.

Como responsable civil, el acusado deberá indemnizar a Paloma A. G. en la cantidad de 106.900 pesetas, a María Aránzazu A. G. en la de 75.000 y a Miguel Angel G. M. en la de 56.940 pesetas, devengando todas ellas los intereses legales correspondientes.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, abonamos al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa».

TERCERO Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso recurso de casación por **infracción de ley** que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO La representación del recurrente Oscar M. B. basó su recurso de casación en un **único motivo:**

«Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, en relación con el párrafo 1º de su art. 847, al haber sido infringido un precepto penal de carácter sustantivo que ha de ser observado cual es el artículo 234 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en vez de los arts. 237, 238, 240 y 241.1º del Código Penal todos ellos».

QUINTO Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto que impugna en su totalidad, la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida el día 26 de enero del presente año, fecha en que tuvo lugar la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas por haber sustraído diversos efectos en dos habitaciones de un hotel, sitas en la planta baja, en las que penetró forzando la ventana de cada habitación, forzamiento que consistió en manipular las persianas que estaban cerradas y violentar el cierre de las hojas interiores de las ventanas, que igualmente se encontraban cerradas.

El único motivo de recurso, por infracción de ley, se articula al amparo del art. 849.1º de la LECrim, al estimar que se ha infringido por falta de aplicación el art. 234 del Código Penal (RCL 1995\3170 y

RCL 1996, 777) (delito de hurto) y por indebida aplicación de los artículos 237, 238, 240 y 241.1º del mismo texto legal (delito de robo). En concreto niega la parte recurrente la concurrencia de fuerza en las cosas, dada la inexistencia de escalamiento -que no se aplica específicamente- y también de fractura, pues no consta un mecanismo especial de ruptura al haberse penetrado en las habitaciones a través de las ventanas sin que conste que se ocasionasen desperfectos.

SEGUNDO En relación con la primera cuestión, la concurrencia o no de escalamiento, ha de señalarse que la Sala de instancia no aprecia dicha modalidad de fuerza típica y su criterio es plenamente acertado al constar que se trataba de ventanas situadas en la planta baja.

La doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS 10 de marzo de 2000 [RJ 2000\1187], 18 de enero [RJ 1999\396], 15 [RJ 1999\2309] y 20 de abril [RJ 1999\4859] y 18 de octubre de 1999 [RJ 1999\7177], entre otras) ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación que se encontraba enraizada en la definición legal histórica pero que carece del suficiente soporte legal para que pueda seguir siendo mantenida en la interpretación del vigente Código Penal. Actualmente se restringe el concepto legal de escalamiento en un doble sentido: 1) Se excluyen los supuestos de «escalamiento de salida» (SSTS 22 de abril [RJ 1999\3205] y 18 de octubre de 1999 [RJ 1999\7177]) al exigir el art. 237 del Código Penal 1995 que la fuerza en las cosas se utilice «para acceder al lugar donde éstas se encuentren», y 2) Se limita el escalamiento de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido «una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete» (Sentencias 648/1999, de 20 de abril [RJ 1999\4859] y 362/2000, de 10 de marzo [RJ 2000\1187]).

Se trata, en definitiva, de limitar el escalamiento a supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de habilidad o esfuerzo para ascender al lugar por donde efectúa el acceso, «una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad» (STS núm. 586/1999, de 15 de abril [RJ 1999\2309]). Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escalamiento, los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la «planta baja» (Sentencia de 20 de abril de 1999 [RJ 1999\4859]) o «a nivel de calle» (Sentencia de 18 de enero de 1999, núm. 24/1999 [RJ 1999\396]), cuando no conste una especial altura de la misma en relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse hasta el alfeizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento (STS 362/2000, de 10 de marzo [RJ 2000\1187]).

TERCERO Ahora bien en relación con la segunda cuestión, la concurrencia de la modalidad de fuerza típica denominada «fractura externa», es decir la fractura de puerta o ventana a que se refiere el art. 238.2º del Código Penal 1995, ha de señalarse que este cauce casacional impone el estricto respeto a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada (art. 849.2º de la LECrim) y en éstos se declara acreditado que la entrada en las habitaciones del hotel se realizó «forzando» la ventana, es decir **utilizando un esfuerzo material y físico para superar los mecanismos de cerramiento** empleados por los propietarios para proteger sus bienes, que es en lo que consiste esencialmente la fuerza en las cosas.

En el caso actual la Sala sentenciadora razona en sus fundamentos jurídicos, complementando el relato

fáctico, por qué ha estimado debidamente acreditado -a través de prueba directa e indiciaria que aquí no se impugna- que las ventanas fueron forzadas cuando se encontraban debidamente cerradas, incluyendo en el cerramiento no solamente las ventanas en sentido propio sino también las persianas exteriores, que constituyen un mecanismo adicional de seguridad. Pues bien ambas barreras fueron superadas por el acusado, «manipulando» las persianas, lo que exige necesariamente la utilización del esfuerzo humano, directo o auxiliado por otros medios técnicos -gatos o palancas- para forzar su apertura, y «violentando» los mecanismos de cierre de las ventanas, sin que sea necesario que se ocasionen daños relevantes.

Por «fractura» ha de entenderse romper o quebrantar con esfuerzo el mecanismo de cierre de puertas o ventanas. El empleo de utensilios que actúan a modo de palanca para multiplicar la eficacia del esfuerzo humano, facilitando así la superación del mecanismo de cierre de una puerta o ventana, integra claramente la fuerza típica prevenida en el tipo, pues en definitiva se trata de un supuesto de aplicación de fuerza para violentar el funcionamiento ordinario del sistema de cerramiento, aun cuando no se ocasionen desperfectos definitivos.

Procede, por todo ello, desestimar el recurso interpuesto, pues atendiendo al relato fáctico («forzando» las ventanas) y a su razonada justificación en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, es clara la concurrencia de fuerza en las cosas en el supuesto actual.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos **no haber lugar** al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Oscar M. B., contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, imponiéndole las costas del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución al recurrente, Ministerio Fiscal y Audiencia Provincial arriba indicada, a los efectos oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

" ...ésta es una misión que requiere una larga experiencia y por eso una larga vida; es necesario haber consumido, día tras día, todas las ilusiones suscitadas por la confianza cada vez mayor con que los hombres tratan el derecho; es necesario haber gustado, día tras día, la amargura de la injusticia para sentir más imperiosa, en sí, la exigencia de la justicia; es necesario, poco a poco, haber aprendido a vivir la vida de los otros a fin de que se haga igual el respeto por quien juzga, al respeto por quien es juzgado."

Francesco Carnelutti

